Restoring a Fine Balance under the Rule of Law: National Security Laws and International Human Rights

Lloyd Lipsett

CENTRE INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE
ET DU DÉVELOPPEMENT DÉMOCRATIQUE

101-03664/

Restoring a Fine Balance under the Rule of Law: National Security Laws and International Human Rights

Lloyd Lipsett

Lloyd Lipsett
Legal Intern
Justice and Rule of Law Programme
International Centre for Human Rights
and Democratic Development
Montreal, Canada
February 9, 1998

TABLE OF CONTENTS

CHAPTER I - INTRODUCTION 3

CHAPTER II - THE DOCTRINE OF NATIONAL SECURITY 5

I. Features of the National Security Doctrine 5
II. National Security Doctrine in relation to Sovereignty and Human Rights 6

CHAPTER III - FEATURES OF NATIONAL SECURITY LAW 11

I. Genaral Features of National Security Laws 11
II. The distinction between National Security Laws and Emergency Laws 12
III. National Security Laws and Impunity 13

CHAPTER IV - NATIONAL SECURITY IN ASIA 15

I. Features of National Security Laws in Asia 15
II. Overview of National Security Law in Asia 15

CHAPTER V - CONSTRAINING NATIONAL SECURITY THROUGH INTERNATIONAL LAW 19

I. The Principle of Official Proclamation 22
II. The Principle of Legality 22
III. The Principle of Necessity (Exceptional Threat) 22
IV. The Principle of Temporality 23
V. The Principle of Proportionality 23
VI. The Principle of Non-Derogability of Certain Inalienable Human Rights 24
VII. The Principle of Non-Discrimination 29
VIII. The Principle of Legitimate Authority 29
IX. Obligation to inform the International Community 29

CHAPTER VI - NATIONAL SUPERVISION OF NATIONAL SECURITY LAWS 31

I. The Canadian Example 31
II. The South African Example 35

CHAPTER VII - CONCLUSIONS 37

BIBLIOGRAPHY 38

"With the Emergency, everything is upside-down. Black can be made white, day turned into night. With the right influence and a little cash, sending people to jail is very easy. There is even a new law called MISA to simplify the whole procedure".

"What's MISA?"

"Maintenance of ... something, and Security ... something, I'm not sure".[1]

***

"I do not know what national security means. But then, neither does the government".[2]

***

"The word security is a broad, vague generality whose contours should not be invoked to abrogate the fundamental law".[3]

---

1 Rohinton Mistry, *A Fine Balance* (Toronto: McClelland and Stewart, 1995) at 348.

2 M.L. Friedman, *National Security: The Legal Dimension* (Ottawa: MacDonald Commission, 1979) at 1.

3 Black J. in *New York Times* v. *United States* 403 US 713 (1971) (US Sup. Ct.) at 719.

Introduction

In a very real and practical manner, the application of National Security Laws delineates the outermost limits of the State's respect for fundamental human rights. Though we may conceive of human rights as 'trumps' against the prerogatives and power of the State[4], National Security Laws function as 'wild-cards' which, in turn, enable the State to jeopardize the fundamental, universal, and non-derogable status of rights with virtual impunity. Therefore, an examination of a country's willingness to use National Security Laws provides us with a powerful lens through which we can test its commitment to the protection of human rights. Unfortunately, however, the application of National Security Laws often proves that governments still ascribe a higher priority to the concept of sovereignty rather than to the freedom of its citizens.

Invariably, National Security Laws provide a legal framework for the State to smudge and even erase the protective lines that human rights draw around the individuals and groups in society. As such, the mere existence of National Security Laws should be a cause for concern. Although we can envision circumstances in which a government may legitimately limit the natural scope of human rights in defence of the sovereignty of the State, these circumstances must be extremely exceptional in nature. Therefore, National Security Laws, as part of the legal order of a nation, should be subject to other legal norms, particularly constitutional law and the minimum standards prescribed by international human rights law. In other words, National Security Laws must be subjected to the overarching principle of the rule of law[5].

At a fundamental and philosophical level, it is necessary to understand sovereignty in terms of popular sovereignty. In essence, national security must be redefined in terms of human security. From the starting point of human security, it becomes apparent that the legitimate sovereignty interests that underlie National Security Laws are limited by the broader objective of promoting and protecting the aspirations of the individuals who comprise a nation. The concept of human security implies that there should remain a core of fundamental human rights from which there can be no derogation regardless of the extremity of the circumstance. In practice, this means that National Security Laws must be applied in accordance with the internationally accepted framework for the protection of human rights in states of emergency.

History has taught the world community that exceptional circumstances are more commonplace than might otherwise be assumed. Indeed, exceptional circumstances often are

---

4 Ronald Dworkin argues that if rights are not taken seriously they can be overridden simply by an appeal to the general welfare. If a right could be taken away for only the reasons that would be sufficient if no right existed then the claim to a right is pointless. See Ronald Dworkin, "Taking Rights Seriously" (1970) *New York Review of Books* as cited in Hogg at 854.

5 In the words of the Special Rapporteur on States of Emergency, Mr. Leandro Despouy, "the State of Emergency is conceived ... as a part of the rule of law. This is the reason why the proclamation and implementation of State of Emergency should respect some rules and principles for the guaranteed legal protection of human rights in situation of crisis and instability. These rules represent genuine limitations to the arbitrary use of power. They are designed to avoid the State of Emergency from becoming an arbitrary system or from being used as an instrument of political persecution and repression". See Leandro Despouy, "Historical Evolution of the Treatment of The States of Emergency" in Korea Human Rights Network (KOHRNET), *The New World Order and Human Rights in the Post-Cold War Era: National Security vs. Human Security* (Proceedings of the International Conference on National Security Law in the Asia-Pacific), (Seoul: KOHRNET, 1995) 17 at 22.

manufactured to suit nefarious political purposes. It seems that, at some point, many governments will be tempted to resort to exceptional measures, thereby subverting the aspirations of citizens to its interest in the maintenance of a particular order and control. On the one hand, this phenomenon is understood as necessity, but on the other hand it is linked squarely with impunity and corruption. Therefore, given the recurrence of this phenomenon, the international community, through the adoption of human rights covenants, has created minimum standards to govern the general limitation of human rights in the interest of sovereignty and, more particularly, the derogation from human rights in states of emergency[6]. These are important cornerstones of the international rule of law and the prerequisites for a peaceful world order.

This paper will outline the demands of the rule of law in relation to considerations of national security as they relate to the "security syndrome"[7] experienced in many Asian States. The problem of National Security Laws has particularly acute dimensions in Asia for several reasons related to the relative weakness of international human rights system in the region. At a theoretical level, some governments continue to challenge the universal validity of international human rights, arguing that human rights are incompatible their with Asian traditions and cultures. Other governments, while they accept the premiss that human rights standards are relevant, argue that the present economic, social, and political conditions demand iron-willed policies to ensure stability and growth. Moreover, this skepticism about human rights is reflected in the poor institutional protection of human rights throughout the region. In many cases, the important international human rights covenants have not been ratified and/or not implemented in national constitutional law. Furthermore, the Asia-Pacific region is the only portion of the globe that does not have a regional human rights arrangement.

The present weakness of the institutional framework for the protection and promotion of human rights is not determinative of the future of National Security Laws in the region. Committed human rights advocacy and progressive democratic movements are gaining strength and often use National Security Laws as a particular focus for reform. However, the weakness of the institutional framework makes it necessary that wide-ranging political action accompany the legal battle to subject National Security Laws to international human rights standards. Ultimately, the object of the struggle is to have the values of popular sovereignty and international human rights firmly entrenched in the national legal order and to have the military subject to civilian command. At that point, National Security Laws will not be a tool of oppression but will be a legitimate method of last resort to protect freedom in exceptional circumstances.

6 The drafters of the International Covenant on Civil and Political Rights, the European and American Conventions on Human Rights, understood that extreme situations in which it is difficult or impossible to respect integrally the full range of civil and political rights recur in human history. "Rather than leaving each State with unfettered discretion and sole responsibility to decide how to respond to such situations when they arise, the drafters concluded that the wiser course would be to provide all States with guidelines as to how the competing interests of national security and human rights should be reconciled in times of an exceptional threat to the life of the nation. Paradoxically, the purpose of derogation is to provide a temporary licence for certain violations of human rights, in order to preserve the rule of law and to ensure that measures taken by the State have the least possible impact on human rights. These guidelines include principles of general application and a list of rights which cannot be derogated from in any circumstance." See "Report of Meeting of Experts on Rights Not Subject to Derogation During States of Emergency and Exceptional Circumstances" in D. Prémont et al., eds., *Non-Derogable Rights and States of Emergency* (Brussels: Bruylant, 1996) 27 at 29.

7 Dr. V. Karunan has written an insightful and useful book on this topic, entitled *The Security Syndrome: Politics of National Security in Asia* (Bangkok: FORUM-ASIA, 1995).

The Doctrine of National Security

I. FEATURES OF THE NATIONAL SECURITY DOCTRINE

National Security Laws are the legislative outgrowth of a particular set of beliefs that the nation is under siege. Therefore, in order to understand how to control National Security Laws, we need to understand some of the key features of what may be termed the "national security doctrine"[8]. Margaret Blanchard states that:

> 'National Security' is a broad term that can encompass any threat to the survival of a nation. The threat may come from external sources poised to take hostile action against the nation, or the threat may come from internal sources who are perceived as undermining the very fabric of society. Real or perceived threats to external and internal security generally raise the fear level in society substantially. With internal security concerns, dissidents are often perceived to challenge the established order of things, an order preferred by government and by leaders in the business, professional, and educational communities.[9]

The key elements which can be drawn from this definition of national security relate to the broadness or vagueness of the term, the external and internal aspects of the threat, and the perception that dissent is a threat. Common issues that are raised during periods of national security apprehensions are: 1) a lack of confidence in the good sense of the nation's people; 2) limited access to information due to excessive government secrecy; 3) government control of the ideas that people are allowed to receive; 4) surveillance of dissidents; 5) reliance on repressive legislation; and 6) a firm belief that the preservation of government is the most important value in society.[10]

Arguably, the most important step in controlling National Security Laws involves overcoming the vagueness inherent in the concept of national security. In particular, this necessitates a clear definition of the values of sovereignty that need protection; differentiating between external and internal threats and fashioning appropriate and proportional responses to each sort of threat; and distinguishing between legitimate political dissent and inappropriate forms of subversion.

---

8 For a history of the National Security Doctrine in Asia, see *Ibid.* at 5, and Rho Bong Khan, "Human Rights Violations under National Security Laws in Asian Countries" in KONUCH (Symposium of Korean NGO Network for the Un World Conference on Human Rights), (UN Human Rights Report, July 14, 1993).

9 Margaret A. Blanchard, "Freedom of Expression, Fear, and National Security: An American View" in KOHRNET, *supra* note 5, 83 at 85-94.

10 *Ibid.*

As we begin to define national security more carefully, it is crucial that we differentiate between external and internal threats.[11] Although one might think that the concept of national security would be invoked exclusively in regards to external threats, the "national security doctrine"—especially as it was developed during the Cold War—affirms that "internal subversion" is the most important threat to national security.[12] In essence, this means that there is "a latent and permanent war between the State and an enemy who is identified within the people."[13] This is a disturbing conceptual shift, especially when it is considered that internal law and order should be maintained as a normal measure, for instance by criminal law applied by a civil authority. It is difficult to understand the justification for exceptional measures applied by the military against the domestic population in times of peace.

Nonetheless, without implying that there are no legitimate national security concerns arising from internal as well as external sources, it must be understood that internal and external threats take very different forms and, consequently, their supervisory mechanisms should also be quite different. The response to a natural disaster such as a flood or an earthquake should be measurably different than the response to an armed invasion. In particular, a different legal regime should govern external and internal threats in order to ensure the proportionality of the government's response and, insofar as possible, to protect the human rights of citizens.[14] Though we might expect that a differentiated approach to internal and external threats would be automatic, this is not the case. To a large extent the responses to these internal and external threats is indistinguishable in law.

Thus, the muddy distinction between internal and external threats brings us to the heart of our concern about National Security Laws—the use of national security as a justification for the suspension of the human rights and the repression of legitimate dissent. As the Special Rapporteur, Leandro Despouy states that, with the rise of the national security doctrine during the Cold War, "it was very frequent that opponents to a government were not considered as genuine dissidents but as internal enemies or agents of internal enemies and thus, presented a risk for the security of the nation." Thus, the vagueness of the definition of national security interests allows National Security Laws to be invoked without any necessary relation to an objective threat. Not only does this threaten the rights and freedoms of citizens, it also threatens democratic accountability by allowing national security interests to skew the internal political dynamic of a country.

II. NATIONAL SECURITY DOCTRINE IN RELATION TO SOVEREIGNTY AND HUMAN RIGHTS

On a conceptual level, the dilemma at the heart of national security basically revolves around the need to find the right balance between— "*society's interest*" in survival and the "*individual's interest*" in enjoying fundamental rights and liberty:

11 Broadly speaking, the difference between internal and external threats are related to the following concerns: an internal threat to national security relates to the defence of the nation's government against hostile local elements seeking its replacement with new political order and refers to measures taken by the government aimed at countering domestic or internal challenges to the existing political and socio-economic status quo. On the other hand, the external aspect of national security is concerned with safeguarding the State against outside or foreign forces, pressures of influence, designed to conquer the State or undermine its sovereignty, for the purpose of placing it under the domination or control of some foreign State or States. This refers to the defence arrangement directed at ensuring the safety of the State against foreign intervention of domination. See Civil Liberties Union, "A Question of National Security" (1983), at 2, as cited in Karunan, *supra* note 7 at 8.

12 The Special Rapporteur, Leandro Despuoy also makes reference to the a national security "doctrine". He says: "the different cases of implementation of the Doctrine of National Security illustrate the fact that the proclamation of the State of Emergency was the judicial instrument used by dictators to destroy any form of political opposition and to suppress the execise of human rights by the vast majority of the people. At the same time, the Doctrine of National Security was an ideological tool giving legitimacy to these types of governments. See Leandro Despouy, *supra* note 5.

13 KONUCH, *supra* note 8 at 85. The author goes on to note that the "characterization of subversion as the enemy is wide and limitless. Subversion is more than the mere objective emergence of an armed group. The phenomenon of subversion is much more complex, profound and global."

14 See the discussion of the Principle of Proportionality, below, text accompanying note 75.

> The State often argues that human survival, itself, depends upon the security of society, and consequently, "national security" should take precedence over all other interests. On the contrary, defenders of human rights would tend to believe that "national security" is but one of the numerous national interests of society, and hence, national security should be subordinated to individual liberty. To date there has been no point of convergence between these two diversely opposed points of view.[15]

However, as Dr. Karunan states, "it is important to de-mystify the common notion promoted by governments in power that national security is a fact of life"[16]. Since governments tend to believe that there are permanent internal and external threat its rule, they feel the need to adopt strict National Security Laws to deal with opposition to the State. However, the reality of the situation is often to the contrary and threats to national security are merely perceptions. Thus, we must counter this obsessive mentality that is, finally, "a sort of crusade mentality at home and abroad". It therefore assumes that the country is always in military preparedness to counter any threat. In other words, the nation must be on a permanent alert against "internal and external enemies".[17]

Although national security may readily be understood in terms of its features and functions—as a means by which governments suspend the legal protection of human rights that are normally expected[18]—the theoretical limits of the concept itself are harder to ascertain. Indeed, governments often base their national security ideology on "nationalism"—which is put forward as a fundamental principle safeguarding sovereignty of society—and "there are no definite limits and boundaries within which the concept of nationalism and national security that have been previously defined"[19].

Therefore, since it is difficult to posit any inherent limitations on the application of National Security Laws from an analysis of the National Security Laws, the protection of human rights depends, in large measure, on the ability of human rights instruments to act as a counterbalance to National Security Laws. Whereas the National Security Doctrine usually serves to promote and protect the interests of the political and military elites, human rights always serve to promote and protect the aspirations of all people. In other words, the transition from national security to human security requires an effort to convince the legislator, the judiciary, the military, and the public at large that human rights are *at all times* an over-arching consideration in addressing what interests need protection.

Thus, our discussion of national security thus boils down to the timeless debate on the limits of sovereignty.[20] As a concept, "sovereignty ... is aimed at establishing order and clarity in an otherwise turbulent and incoherent world. Its historical function has been to act as 'fundamental source of truth and meaning', to distinguish between order and anarchy, security and danger, identity and difference".[21] However, even in older formulations of the concept, sovereignty was

---

15 Karunan, *supra* note 7 at 9

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 All the major human rights covenants, the so-called *International Bill of Rights* assert that the State is the entity that is primarily responsible for the promotion and protection of human rights.

19 See Church Trends, *infra* note 58. For a discussion of nationalism in Asia, see Oh Jae-Shik, "The New International Order and Human Rights in the Post-Cold War Era" in KOHRNET, *supra* note 5 at 27-37.

20 See F.H. Hinsley, *Sovereignty* (Cambridge: University Press, 1986); N.G. Onuf, "Sovereignty: Outline of a Conceptual History" (1991) 16(4) *Alternatives* 425-446; J. Camilleri and J. Falk, *The End of Sovereignty?: The Politics of a Shrinking and Fragmented World* (Brookfield: Ashgate, 1992); Jean Bodin, *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth*,

21 Sovereignty, as both idea and institution, lies at the heart of the modern and therefore Western experience of space and time. It is integral to the structure of Western thought with its stress on "dichotomies and polarities", and to a geopolitical discourse in which territory is sharply demarcated and exclusively controlled. Camilleria and Falk, *supra* note 20 at 11.Julian H. Franklin, trans., (Cambridge: University Press, 1992).

not believed to be limitless. Hobbes, who believed that the ruler was supreme, recognized that people had some alienable rights, such as life, liberty, and the right to live so as not to grow weary of life.[22] Locke made the analogy between sovereignty and a public trust. Rousseau formulated the idea of popular sovereignty as the basis of State sovereignty, and the State was connected to the people through a contract. "This contract was not, however, a contract ... where the people give their complete submission without receiving anything in return. Rather, it was a contract which requires that the ruler rule in the interest of the people, rather than for *raison d'état*, and not abuse the people."[23]

Contemporary thinking about sovereignty has further eroded the limitlessness of the concept. There is a realization that "the State and the concept of sovereignty are rooted in a particular historical and socio-political context, and sovereignty has been socially constructed through processes embedded within this context."[24] Furthermore, as Mills points out that, "with changes in technology, the development of a truly global economic system, and the identification of border-spanning environmental effects, talk of absolute sovereignty and total control of borders is no longer realistic. One of the major theoretical challenges to sovereignty has to do with questions relating to human rights and humanitarian issues."[25]

Therefore, it is possible to reconceptualize sovereignty in a manner that suggests limits on the doctrine of national security:

> States exist for the well-being of their inhabitants. The primary function of States is that of protection. In other words, the State exists to ensure that its citizens are able to live their lives free from the fear that an outside force will interrupt their lives. A reasonable extension of this would be that the inhabitants of a State should also be as free from internal persecution as from external persecution. For there would be no reason to protect people from external threats if they were mistreated at home. Thus, the social function of States is to ensure the ability of people to live. ... If, then, the State exists only for the purpose of enabling the individuals who comprise the State, to live their lives peacefully, and for no other purpose, then one cannot say that sovereignty ultimately rests with the State. Rather, it rests with individuals within the State.[26]

Ultimately, this means that the people are sovereign rather than a person or a government. This is the concept of 'popular sovereignty' by which the State is beholden to the people. As the *Universal Declaration of Human Rights* states, the basis of authority is the will of the people[27].Furthermore, as sovereignty rests with individuals, this means there must be a certain core of fundamental human rights: "recognising the State as a socially constructed institution with the

22 Thomas Hobbes, *Leviathan* (New York: Cambridge University Press, 1991) at 93.

23 Kurt Mills, "Reconstructing Sovereignty: A Human Rights Perspective" (1997) 15(3) Netherlands Human Rights Quarterly 267 at 268-269.

24 Thomas J. Biersteker and Cynthia Weber, eds., *State Sovereignty as a Social Construct* (Cambridge: University Press, 1996) in *Ibid.* at 270. Furthermore Camilleri and Falk assert that "*Sovereignty discourse* [is] a way of describing and thinking about the world in which nation-States are the principal actors, the principal centres of power, and the principal objects of interest." See Camilleri and Falk, *supra* note 20 at 2.

25 Mills, *supra* note 23 at 275.

26 *Ibid.* Mills goes on to note that from this premise it may be deduced that the right to life is the most basic right. In addition, one might expand the concept to include the right to live in a certain way. One part of this right would be freedom from torture and persecution—such as unwarranted detention, discrimination, or mass movements of population, which, while not necessarily threatening the actual life of an individual, precludes the individuals from using his or her right to life. See discussion on non-derogable rights, below, text following note 79.

27 *Ibid.* at 279. Furthermore, as Farley states: 'Political legitimacy arises from the people's will arises from the people's will—it does not descent deductively from the Westphalian principles of state sovereignty' (Lawrence T. Farley, *Plebiscites and Sovereignty: The Crisis of Political Illegitimacy*, (Boulder: Westview, 1986) at 145). Of course, as Mills acknowledges, determining the will of the people is problematic. "To a large extent ... we are led to various conceptions of democracy to determine this will. Regardless, the State is nothing more than the sum of its parts."

social purpose of providing security for its inhabitants would be incomprehensible without at the same time linking that social purpose to each and every individual within its realm. In other words, since the social purpose of the State is to enable its citizens to live, then it makes sense to recognise that social purpose as a right of each person."[28] Therefore, individuals have certain rights as humans and, further, these rights are beyond the security interests of the State.[29]

Therefore, the State cannot violate these rights for raison d'état. In the context of national security, this limitation is the essential function of the rights of positive international law. In the words of Sir Hersch Lauterpacht:

> In so far as the denial of fundamental human rights has been associated with the nation-state asserting the claim to ultimate reality and utterly subordinating the individual to a mystic and absolute personality of its own, the recognition of these rights is a brake upon exclusive and aggressive nationalism, which is the obstacle, both conscious and involuntary, to the idea of a world community under the rule of law.[30]

Therefore, although the term 'sovereignty' continues to be used in international legal practice, its referent in modern international law is quite different: "International law still protects sovereignty, but—not surprisingly—it is the people's sovereignty rather than the sovereign's sovereignty."[31] In an important way, this understanding of popular sovereignty corresponds to the shift in thinking from "national security" to "human security."[32]

---

28 *Ibid.*

29 Developing this analysis of sovereignty, Claude and Weston have maintained that human rights may be viewed as a challenge to the sovereignty of the state. See Richard Pierre Claude and Burns H. Weston, Human Rights in The World Community: Issues and Action (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992) at 3-5.

30 Hersch Lauterpacht, International Law and Human Rights (New York: Garland, 1973) at 47.

31 W. Michael Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law" (1990) 84 American Journal of International Law 867 at 868.

32 Not only should human security be understood as an acceptance of the requests of human rights organizations', but it is also an admission by leaders that national security interests depend on human and social development.

Features of National Security Law

I. GENERAL FEATURES OF NATIONAL SECURITY LAWS

Although there are many variations on the theme of National Security Laws[33], essentially such legislation has the following features:

1. A law, having a limited and specific purposes, is passed, that gives a colour of legitimacy to the processes by which the violations are undertaken;
2. The law is of a penal nature, designed to combat a criminal phenomenon which is publically perceived as valid;
3. It relies on procedural modalities to:
   a) increase certain police power;
   b) decrease certain individual rights;
   c) limit access to justice or prevent its effectiveness;
   d) reverse the burden of proof, or establish legal presumptions that are very difficult to overturn or rebut
4. The procedural mechanisms stated above are couched in seemingly limited terms which do not create the implication of pervasive or systematic violations.

Each of these elements, substantive and procedural, is problematic from a legal and human standpoint. National Security Laws are anathema to the values which animate the rule of law, namely precision, transparency, predictability, non-arbitrariness. Vague terminology, especially in the definition of concepts like "terrorism", "anti-state organization", "anti-national activities", or "prejudicial to the security of the country" opens up a margin for controversy, discretion and (mis)interpretation on the part of the executive. As Dr. Victor Karunan states, "the terminology used by the State to define national security—especially to legislate its national security—are

33 For example, a State implementing the new technique enacts special legislation dealing with special subjects that confers upon law enforcement and other administrative agencies certain prerogatives which result in the violation of procedural rights. By virtue of these laws, individual rights are effectively suspended and circumvented, resulting in clear violations of fundamental human rights. Most frequently, laws of such a nature are ostensibly directed at the control of the following: terrorism; drug trafficking; and illegal financial transactions. See "Further promotion and encouragement of human rights and fundamental freedoms, including the question of the programme and methods of work of the Commission", Commission on Human Rights (E/CN.4/1994/35).

Other variations rely on administrative law, whereby special legislation or regulation in question requires licensing and other authorization before certain activities can be carried out. The violations of these seemingly reasonable administrative requirements, which are ultimately implemented in discriminatory and abusive ways, has become the basis for a variety of penal and quasi-penal sanctions whose effects is the suspension of rights. Examples of such regulatory legislation and administrative procedures include: political parties, social organizations, publications, public meetings, use of public and private building and construction permits, and exercise of religious practices. See M. Cherif Bassiouni, "States of Emergency and States of Exception: Human Rights Abuses under Color of Law" in Prémont, *supra* note 6 at 132.

deliberately vague and ambiguous. This provides enough scope for the implementers to interpret and use these laws in a manner in which they please."[34]

Furthermore, when "the advocacy of national security by the state authorities is, more often than not, based upon a perception that there is a threat to society which needs to be countered ... there is the inherent danger that the threat factor is merely fictitious. In other words, it is concocted as part of the propaganda to justify utmost discretion in the use of state powers and to ensure a lack of accountability on the part of the state authorities."[35] Therefore, as the vagueness of the definition of national security threatens any form of democratic accountability—legislative or judicial—we are entering the realm where power, corruption and impunity prevail.

II. THE DISTINCTION BETWEEN NATIONAL SECURITY LAWS AND EMERGENCY LAWS

As one of the responsibilities of any government is the defence of the nation, there is bound to be some form of National Security Law in every nation. Generally, there are two kinds of laws that can be considered National Security Laws: the first are those laws that delimit the daily operations of the police force, intelligence service, and military; the second are those laws that expand the powers of these security forces in times of emergency. In theory, Emergency Laws are dormant and are strictly understood as an extreme contingency: they are enacted as a prudent measure against exceptional circumstances that hopefully will not arise. As such, Emergency Laws should not ordinarily infringe on the freedoms of the individual, the vibrancy of civil society, or the pluralism of the political process.

However, in many cases, there are countries in which considerations of national security have been used to invoke the exceptional powers of Emergency Laws to infringe human rights and distort the democratic process despite the fact that no specific emergency exists. Therefore, it is often the case that laws that contain powers and procedures characteristic of emergency legislation masquerade as normal law. As Dr. Karnunan explains:

> The concept of "security" emerges within the framework of existing power relations in society. Invariably it connotes a state of society that is threatened either by an internal or external power detrimental to its preservation. It is within such a situation—often called an "emergency"—that "security laws" are promulgated by governments. However, this may not necessarily be the rule in all situations. Therefore, "*security laws ... are usually classified as emergency legislation, i.e. legislation most typically enacted or used during a state of emergency. But such laws can also be found in countries that do not have a declared state of emergency.*"[emphasis in original][36]

---

34 Karunan explains that National Security Laws are know by different names in Asian countries— "Internal Security Act" (ISA), "National Security Act" (NSA), "Public Security Act", "Defence of the State Act", "Anti-Subversion Act", "Prevention of Terrorism Act" (PTA). As can be seen clearly from the titles given to security laws, they are invariable addressing the requirement of the State to confront threats to its defence and the interests of the public against subversion and terrorism. Whatever the case may be, these vital concepts have not been clearly defined by governments to enable one to grasp the precise nature of the threat that is perceived by the State. It is this intentional ambiguity on the part of the State to specify the "threat" that has given it the wide powers to exercise such emergency legislation and protect itself from public scrutiny and criticism. See Karunan, *supra* note 7 at 16-18, citing K.S. Venkateshwaran, "National Security Laws in Asia: An Overview" in KONUCH, *supra* note 8 at 7. An example of a more precise definition of "a legitimate national security interest" is articulated in the Johannesburg Principle 2(a) which states:

> A restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate unless its genuine purpose and demonstrable effect is to protect a country's existence or its territorial integrity against the use of force, or its capacity to respond to the threat or use of force, whether from an external source, such as a military threat, or an internal source, such as incitement to violent overthrow of the government.

35 Vitit Muthabhorn, "In Search of Human Security" in *The Nation* (Bangkok, June 30, 1994) at A6, cited in Karunan, *supra* note 7 at 3.

36 Karunan, *supra* note 7 at 1-2. See also K.S. Venkateswaran, *supra* note 11 at 6.

Thus, for practical purposes in many countries, National Security Laws and Emergency Laws have become indistinguishable. In terms of the international standards applicable to States of Emergency, this phenomenon can be referred to as the "De Facto State of Emergency"[37], the "Perpetuation of the State of Emergency"[38], and the "Sophistication and Institutionalization of the State of Emergency."[39] Increasingly, it is possible to detect a pattern in the normal use of Emergency legislation. This is described by the United Nations' Special Rapporteur on States of Emergency as follows:

> Such a misuse of law, which is daily becoming more frequent, even in countries with a long-standing democratic tradition, is particularly serious when it takes the form of criminal laws or procedures applicable under normal circumstances. The most common sphere of such legislation [is] State security... A particularly disturbing development is that these laws introduce, under normal circumstances, restrictions on rights which may be suspended only during formally declares states of emergency. What is more, the ordinary legislation in question occasionally affects even inalienable rights from which no derogation is possible, even under exceptional circumstances.[40]

Therefore, because of the considerable overlap between the application of Emergency Laws and National Security Laws, it is necessary to include both types of legislation in any consideration of National Security.

III. NATIONAL SECURITY LAWS AND IMPUNITY

The implementation of emergency measures under ordinary legislation, without recourse to a formal declaration of a State of Emergency, is a method of avoiding international criticism and accountability. The main reason that emergency measures are being enacted as normal legislation is the fact that the State of Emergency is a recognized institution of international law that has some measure of international supervision. Therefore, the "new generation" of techniques that hide the substance of emergency measures and which violate internationally protected human rights is

---

37 The *de facto* State of Emergency is defined as the adoption of exceptional measures without previous proclamation of a State of Emergency or the adoption of extreme measurements after the official end of a State of Emergency. This type of violation is more frequent in Asian countries where British juridical tradition exists. In these countries, the rule from colonial origin authorize the Executive Power to arrest and detain a person for a significant period of time without any judicial hearing and without the proclamation of a State of Emergency. See Leandro Despouy, *supra* note 5 at 21.

38 The Perpetuation of the State of Emergency is the result of the continuation of the State of Emergency or it is the constant prerogation of the State of Emergency. This perpetuation was one of the most common violations in Latin America during the 1970's and 1980's. The most illustrative example is the case of Paraguay, which was under a State of Emergency without interruption from 1954 until 1988. See *Ibid.*

Furthermore, Basil Fernando identifies the consequences of long periods of Emergency or National Security Laws: a) loss of faith in rule of law; b) increased public perception that forms of grossly unjust enrichment and the use of National Security Laws are linked; c) disillusionment, cynicism, and public apathy. See Basil Fernando, "National Security Laws as Social Encephalitis in Asian Societies" in KOHRNET, *supra* note 5 at 74.

39 This type of violation is usually the result of several factors which occur simultaneously. For instance, there could be cumulative effects like the perpetualization of the State of Emergency, lack of proportionality between the adopted measures and the gravity of the crisis, irregularity in the national law, and restrictions to the human rights which are not designed to protect the nation but to persecute political opponents. The word 'sophistication' is used to express the complexity of this type of emergency regime. For instance, during the military dictatorship in Brazil, there were more than 100 State of Emergency laws with a level of authority higher than the Constitution. In the same way, the plebiscite to amend the Constitution organized in the Phillippines by former President Marcos and in Chile by General Pinochet were aimed at institutionalizing the States of Emergencies. In other words, in this case, the goal of these actions was to gain recognition of executive power to limit the exercise of human rights by the people. See Leandro Despouy, *supra* note 5 at 21-22.

40 *Ibid.* at 23 citing himself, Special Rapporteur on the State of Emergency's Seventh Report (E/CN.4/sub.2/1994/23, paras. 39-41) Furthermore, he recommends that "to consider this issue in depth, the Special Rapporteur appeals in particular to the Working Group on Arbitrary Detention and to the various thematic rapporteurs, especially the Special Rapporteur on freedom of opinion and expression and the Special Rapporteur on Xenophobia."

accomplished entirely outside the regulatory framework anticipated by international law.[41] "In addition to rendering declarations of states of emergency unnecessary, this new approach makes more difficult the establishment of a *prima facie* violation of international human rights on the basis of arbitrariness or systematicity".[42]

By taking these measures outside the confines of declared states of emergency and specifically declared derogations of rights, governments start with a presumption of legitimacy instead of the presumption of temporary and limited suspension of certain international obligations: "If nothing else, governments who use these techniques find themselves in a better legal, political, and psychological position to defend or mitigate their violations by no longer having to defend the principle that is at stake; instead, governments must only defend enforcement modalities"[43]. This practice has the effect of creating a margin of impunity for a State to systematically violate human rights. As national legal norms and administrative regulations escape international controls, this "gives rise to the opportunity of infringing non-derogable rights by providing a colour of law or *legal coloratura* for those who commit such violations. The outcome is that such violators most frequently evade the law by benefiting from *de facto or de jure* impunity under national law."[44]

Furthermore, a lack of effective international mechanisms for combatting impunity reinforces national impunity and reduces international deterrence. Since the only enforcement mechanisms available seem to be a combination of international political pressure and embarrassment caused by diplomatic efforts, government action, non-governmental organizations, and mass media, offending governments have shifted their strategies from a focus on actually curtailing human rights violations to public relations techniques designed to avoid public exposure: "These public relations manoeuvres, along with accompanying sophistical legal techniques, allow violators to remain unprosecuted and unpunished."[45]

These problems of making States accountable for their use of National Security Laws at the international level are compounded by the fact that most National Security Laws give blanket immunities to State actors at the national level. The police, security, or military forces which act under the auspices of National Security Laws are freed from procedural and substantive guarantees of human rights. National Security Laws may create a legal framework fore security forces to 'shoot first and ask questions later'. This is the framework whereby the worst human rights violations—deaths, disappearances, torture, imprisonment—are given a stamp of juridical legitimacy.

41 The use of these legislative techniques is certainly not unique in the history of abuses of the law, but what is a new phenomenon is the deliberate use of these techniques by governments as a means of avoiding the passage of legislation declaring a state of emergency, which in effect would force them to comply with the regulatory scheme of the Covenant. This tactic minimizes the effects of the international control mechanisms, such as those provided by the Covenant and the Optional Protocol. See Bassiouni, *supra* note 33 at 131.

42 *Ibid.* at 132

43 *Ibid.* at 133.

44 *De facto* impunity occurs when those committing the acts in question are in practice insulated from the normal operation of the legal system. Examples of these dysfunctions include the passive attitude of investigators, prosecutors and judges. *De jure* impunity occurs when the legislature provided exemption for legal responsibility for acts committed in a particular context. This legitimized impunity includes clemency measures, prescription, and allowing mitigating circumstances during the trial stage. See "Progress report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations, prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1992/23", Sub-Commission on the Prevention of Discrimination ... (E/CN.4/Sub.2/1993/6), as cited in *Ibid.* at 130.

45 *Ibid.* Bassiouni continues: "Indeed, governments have access to the services of great and fertile legal minds which are capable of producing legal instruments which achieve desired political objectives while eliminating or minimizing the appearance or implication of violations of international human rights law, even when they actually produce such results."

National Security in Asia

I. FEATURES OF NATIONAL SECURITY LAWS IN ASIA

By whatever name or title National Security Laws are known in Asian countries, they all share some common characteristics, the most salient ones include:

(a) widespread powers of arrest, interrogation, and intimidation without purview of judicial procedures

(b) broad powers of detention without charge or trial exercisable by the executive

(c) stringent provisions for restriction of movement, both individual and collective—such as curfews, house arrests and internal exile

(d) provision for severe penalties—including the death penalty for vaguely defined offenses of terrorism and other politically-motivated acts

(e) provisions of special courts with special procedures which lack the traditional safeguards available to a defendant under ordinary criminal law

(f) provisions for the indemnification of members of state security forces against legal action for unlawful exercise of powers under these laws.[46]

These features are quite similar to the features of National Security Laws found in other countries and regions. However, it is important to note that the scope, as well as the degree of institutionalization, of these National Security Laws is greater than the norm.

II. OVERVIEW OF NATIONAL SECURITY LAW IN ASIA

The problem of National Security Laws is particularly acute in Asia for a number of reasons. Firstly, the interaction of economic, social, historical, and ideological factors in this diverse region gives rise to complex circumstances that frequently are rationalized as exceptional. For instance, events such as the currency crisis of late 1997 can be used as a justification for exceptional measures to uphold political and economic stability. Secondly, in recent years, many Asian governments have

46 *Ibid* at 16-18, citing K.S. Venkateshwaran, *supra* note 11 at 7. For patterns and characteristics of Asian National Security Laws, see also Park Hong-kyu, "Human Rights Violations and National Secuirty Ideology" at KOHRNET, *supra* note 5 at 134-6.

begun to seriously question the cultural foundations of the international human rights system and the legitimacy of international human rights standards as a measure of their behaviour. Many prominent government spokesmen assert that there is a particular "Asian way" of human rights that is distinct from western notions of human rights.

Thus, on the one hand, plausible and pervasive concerns fuel the Asian "security syndrome"; while, on the other hand, a systematic challenge to the universal applicability of human rights is mounted. In this region, therefore, it is not surprising that the equilibrium between national security and human security begins to shift away from the balance established by international standards. National Security Laws in this region mock the reality of any international rule of law. Furthermore, the specific effects of the application of National Security Laws in Asia are not only philosophical or legal concerns: at the human level, National Security Laws are a vehicle for systematic oppression and extreme instances of suffering[47].

Following a nearly universal pattern, the development of a National Security Doctrine in Asia emerged with the development of the Nation-State.[48] The development of this particular form of social organization—which tends to breed national security concerns—took place within the colonial context as foreign rulers transplanted legal instruments such as National Security Laws to justify strict internal controls[49]. However, these foreign rulers conveniently neglected to transplant the legal and political instruments—such as entrenched constitutional protection of human rights and judicial independence—that are necessary to limit National Security Laws.

Nonetheless, once political independence of Asian states was achieved, the national security legacy has been perpetuated: Asian governments discovered that national security legislation was an essential requirement for the preservation of the territorial rights and jurisdiction of the nation state that had been inherited from colonialism. Thus, "since independence ... national security has been incorporated within the national legal framework in order to serve the needs of the State to defend itself from its enemies."[50] Furthermore, "national security fulfilled important political purposes for the ruling elites after they gained independence from colonial rule: it provided the ideological basis to justify their rule and to whip up elite nationalist feelings; and, moreover, national security was an effective tool in resisting external or internal threats to the new indigenous status quo, thereby ensuring the preservation of the "elite" and "top-down" nation state.[51]

In this manner, as national security has come to constitute the foundation on which the States in this region defend themselves from political threats, the National Security Doctrine has provided "a convenient pretext" for Asian governments to curb human rights: "in this situation, any citizen subscribing to certain aspirations, performing certain acts or even adopting a certain lifestyle that is counter to the state's perception of 'normal life', is deemed a 'subversive', a 'security threat' to be dispensed with, whose freedom must be stifled for the sake of national security."[52] Asian governments have taken national security considerations beyond just armed opposition threats and internal subversion—national security has been applied against opposition parties, intellectuals, and middle-class professional in order to protect and safeguard economic development and

47 For a description of the use of National Security Laws in various Asian countries, see Karunan, *supra*, note 7.

48 For the developmental pattern of Asian National Security Laws, see *ibid.* in 131-133.

49 Basil Fernando asserts that "the concept of national security in Asia needs to be understood against the backdrop of the evolution of the Nation-State. The State in most countries in Asia emerged from colonial rule as an "external phenomenon" which was imposed on the prevailing traditional social formations. In this sense, the so-called "modern nation state" could become a reality only as a "top-down" process of the reorganization of society (nation-building)—a process which the nationalist elite called "independence" and "sovereignty" vis-a-vis foreign rule." See Basil Fernando, supra, note 38.

50 Karunan, *supra* note 7 at 2-3.

51 Basil Fernando, *supra* note 38.

52 Karunan, *supra* note 7 at 2-3. See also Kinhide Mushakoji, "From a Region of National Security States to a Region of Human Security Societies—From a Japanese Perspective" in KOHRNET, *supra* note 5 at 38-45; Victor Karunan, "Human Rights Situation in Asia—National Security vs. People's Security" in KOHRNET, *supra* note 5 at 57-71; Basil Fernando, *supra* note 38 at 72-79; Park Hong-kyu, supra, note 46 at 123-149.

authoritarian politics. Alarmingly, "people who simply assert democracy or reform of corrupt social structures and people who dream of a future different from that of those in power, are regarded as the 'enemy' endangering the security of the nation."[53]

In the period after the Cold War, as the ideological conflict and arms race between capitalist and socialist states has diminished, one might have expected that the prominence of the national security doctrine would have subsided and the paranoid persecution of internal dissent would have relaxed. However, it seems that this has not been the case. Presently, it seems that national security is being redefined in terms of maintaining the competitiveness of economies rather than preserving territorial integrity:

> In the aftermath of the Cold War ... the concept of national security was expanded to cover areas of civilian life beyond politics and the capitalist-communist syndrome. With the globalization of the market system and trade liberalization ... national security was used to create the conditions for globalization of the economic system through capitalist expansion into new markets in the South. At the same time, within the South, the status quo and the ruling elites found national security a convenient tool to maintain their power and to move the country forward towards rapid economic growth in keeping with the globalization of trade and economic relations. In consequence, we find that most Southern States have increasingly adopted repressive measures based on national security considerations to silence dissent and political opposition that comes in the way of rapid economic growth[54]

National Security in this region, therefore, needs to be understood within the global context.[55] Partiocularly, the new global orthodoxy of globalization and trade liberalization has invented new forms of national security justification. In this situation, national security imperatives have moved far beyond militarization and armed conflicts, now involving a complex alliance of forces among the military, government, industry and civil society.[56] The permeation of national security imperatives and functions into civil society has meant constant mobilization of leadership, institutions, resources and values. National Security today has come to dominate every aspect of the civil and political life of the population.[57]

Furthermore, it is important to understand that economic development has been subsumed within the context of national security ideology of most Asian governments. "For the national security state, the image of development is one of competition among nations, all of which are trying to secure the most favourable conditions by means of technological progress and economic growth. In other words, development is the economic side of the war."[58] From this perspective,

---

53 See Cho Yong Whan "National Security or Peoples' Security: Suggestion for Human Rights and Against National Security Laws" in KONUCH, *supra* note 8 at 96, as cited in Karunan, *supra* note 7 at 11-12. Within this scenario of national security and military domination of civil society, popular dissent is stifled and condemned as *'subversion'*. The "enemy" is among and within the population and consequently, the people themselves become a "threat to national security".

54 Karunan, *supra* note 7 at 3-4, citing M.S. Higginson-Dobbs, "Asia Pacific—Its Role in the New World Order" (London: Mandarin, 1995) at 384.

55 Karunan asserts that we cannot discuss national security in the Asia-Pacific region without reference to the role of the USA. In the post-Cold War period, US strategic interests has been redefined especially in relation to the Asia-Pacific. For a discussion of the particular American objectives in the Asia Pacific, see: Karunan, *supra* note 7 at 9-13. See also Cho Yong Whan, *supra* note 53 at 96; and, Rene Raya, "Asia-Pacific: The New Arena for Global Contention" in Carmencita Karagdad and Augusto N. Miclat Jr., eds., *Beyond the Cold War: Philippine Perspectives on the Emerging World Order* (Manila: n.p., 1992) at 139.

56 See Karunan, supra note 7 at 14-16; Jose W. Diokno, A Nation for our Children (Manila: n.p., 1987); Churches Commission on International Affairs, World Council Of Churches, "Study on Militarization and Disarmament" (Geneva: WCC, 1978); and, Churches Commission on International Affairs, World Council of Churches, "Doctrine of National Security" (Geneva: WCC, 1981).

57 Karunan, *supra* note 7 at 9

58 Karunan argues that within the framework of national security ideology, economic development becomes merely a process by which the state pursues an economic model that is protected by stringent political control and military might. This process takes place in the context of a market-led development model which promotes free trade, consumerism, export orientation and privatization. ASEAN governments, in particular, have adopted a "developmentalist" approach that is based on restricting basic freedoms in order to achieve rapid economic growth. This is perfectly logical within this framework— "in a technologically developed world, any handicap implies serious danger: some other nations might be able to accumulate more power. See Karunan, *supra* note 7 at 7-8 citing Church Trends, "The National Security System in Latin America" (n.p, n.d) at 6.

participatory values do not form part of the enterprise of development[59]. Leaders maintain that Asians value order over change, hierarchy over equality, and cooperation and mutual respect rather than conflict between elites and masses. Asians, it is said, fear that too much democracy may undermine the "East Asian economic miracle."[60]

However, in face of this bleak picture, it is useful to remember that National Security Laws and emergency measures are the means of last resort of the authoritarian governments that are now embattled despite their external show of might and confidence. Such justifications for human rights abuses are, as Jack Donnelly states, "at best a short run excuse"[61]:

> Repression, the authoritarian elites know, is not enough. They must have a modicum of legitimacy if they are to stay in power. The effort to project legitimacy has accelerated in recent years, with East Asia's ruling elites seeking to convince their populations that Asians have their own peculiar forms of governance, that they have their own brand of "democracy" that does not have the western emphasis on individual rights, the free press, free assembly, and checks and balances.[62]

However, to try to undermine the universality on the basis of national security is unconvincing. The Asian challenge to human rights is partly based on the claim that a right must be temporarily cutailed in order to deal with an unfortunate set of particular social and economic cirucmstances. "However, this implies that once the perceived crisis is over then the rights denial is no longer justified. This viewpoint is not, however, a 'cultural clash' over human rights, as both the government and the human rights activist share a common set of moral and political aspirations as the end goal".[63]

59 In many cases (Thailand, Indonesia, the Philippines, and Myanmar), the military assumes a dominant role in civil society—including development projects. Under the pretext of promoting economic development, the military imposes its will on vulnerable populations and takes control over resources, civil and political life and civic administration. The military often believes that it is the only modernized and useful institution capable of managing rapid economic growth and stability. See Karunan, *supra* note 7 at 9.

60 Walden Bello, "The Challenge to the Democratic Movement in Asia" in Karunan, supra note 7 at v. For a discussion of the position advanced by Asian governments that rights and development are mutually exclusive policy options, see Daniel A. Bell, "The East Asian Challenge to Human Rights: Reflections on an East West Dialogue" (1996) 18(3) *Human Rights Quarterly* 641 at 644-650. See also Jaran Cossananund, "The Authoritarian Culture, National Security Law and the Asian Way of Human Rights—Thailand at a Cross Road" in KOHRNET, *supra* note 5 at 155-171.

61 Jack Donnelly, Human Rights and Asian Values 15 (June 1995) (unpublished manuscript presented at the Hakone workshop, on file with author), as cited in Bell, *supra* note 60 at 649.

62 Walden Bello, *supra* note 60 at v.

63 Bell, *supra* note 60 at 643.

Constraining National Security through International Law

> Law constrains or it is a travesty to call it law. Law enters decisively into the willing of its subjects or it is a travesty to call it law. Law transcends the power of the powerful and transforms the situation of the weak or it is a travesty to call it law. A legal system which does its best to make sense of murder, theft, exploitation, oppression, abuse of power, and injustice, perpetuated by public authorities in the public interest, is a perversion of a legal system.[64]

Up to this point, the general problem of national security has been examined from a theoretical standpoint. National Security Laws are used as a means to preserve sovereignty, particularly by the suppression of internal dissent. This is an affront to the legitimate definitions of sovereignty as it ignores the fact that a nation's well-being is derived from its people. In other words, an understanding of the inherent nature of popular sovereignty and human rights should, in and of itself, suggest limits to the application of National Security Laws against internal dissent.

However, as it is understood that those in positions of power will often have a different view of the limits of sovereignty, it is important to move beyond contestable theoretical constraints into the realm of binding legal constraints. Therefore, it is necessary to make more explicit the role of international human rights law as a counter-balance to notions of national security. The basic point is that if human security is to replace national security in a meaningful and practical manner, National Security Laws must be constrained by law, at the national, regional, and international level. In the absence of specific constitutional safeguards against the abuse of National Security Laws, we will turn to the international law to describe the standards which limit the application of such dangerous laws.

Currently, in international law, "the State of Emergency is no longer dominated by arbitrary decisions but is becoming a genuine institution of the Rule of Law."[65] Not only are there the specific and binding standards of international human rights covenants and regional human rights charters, but there also is the progressive contributions of international and national jurisprudence, the U.N. Special Rapporteur, and exemplary national practices which assist the development of the law in this area. Therefore, while it is important to distinguish which legal provisions are specifically binding on a State by State basis, it is equally important to recognize that there are some general standards and principles of international law which are applicable in all circumstances.

---

64 Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World* (New York: University Press, 1990) at xvii.

65 Leandro Despouy, *supra* note 5 at 18.

By virtue of being a legal institution, the State of Emergeny must comply to certain rules and principles which can be monitored by national and international supervision. At the national level, the Parliament and the judiciary are currently entitled to supervise the implementation of these measures while, at the international level, supervision is exercised by the Special Rapporteur, UN Human Rights Committee, and other appropriate regional organizations.[66]

Any discussion of the international law of human rights must begin with the creation of the United Nations and the proclamation of the *Universal Declaration of Human Rights*. On the one hand, the United Nations institutionalizes the norms of collective security, peaceful relations and non-intervention which should be understood as displacing, at least to a degree, fears of external threats that underlie National Security Laws. On the other hand, the *Universal Declaration of Human Rights* embodies important principles of popular sovereignty, human security, and national constitutionalism which, together, provide a conceptual framework to counterbalance the misapplication of National Security Laws against internal threats.

With the *Universal Declaration of Human Rights* and the many subsequent international covenants, human rights have taken form as binding international law applicable to all governments. An analysis of the international law of human rights reinforces our central point that there are important limits to national security. However, the acknowledgment that human rights are universally applicable does not mean that they are boundless either: the international law of human rights explicitly provides for the limitation, and even derogation from human rights, provided that these limitations and derogations fulfil certain conditions. Therefore, to understand the equilibrium between human rights and national security we will now examine these conditions of international law.

As we have seen National Security Laws take two legislative forms, being enacted either by normal legislation or by emergency legislation. In terms of limitations of human rights in terms of normal legislation, the international legal norms follow from Article 29(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, which provides that:

> In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing the due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

Therefore, although the *Universal Declaration of Human Rights* does not deal explicitly with States of Emergency[67], ordinary National Security Laws should still be required to justify each infringement with reference to the necessity of upholding morality, public order, or general welfare. Furthermore, in this context, the idea of a democratic society should not be understood as referring to a particular democratic forms of government; rather it refers to a more general notion of popular sovereignty which suggests certain limits to the concept of national security. Lastly, the principle that limitations must be determined by law is crucial as it injects a measure of public accountability into national security through the process of judicial review.[68]

---

66 *Ibid.*

67 As the Report of the Meeting of Experts stated: "The protection of these rights under the Geneva Convention may have contributed to the view that it was not necessary to address the impact of emergencies on human rights in the Universal Declaration." Report of Meeting of Experts, *supra* note 6 at 28.

68 Judicial review implies that due process rights and access to the court are necessary in order to ensure that an emergency serves to preserve the rule of law rather than undermine it and to safeguard the democratic form of society. These considerations, which weighed heavily in the Opinions of the Inter-American Court, discussed below in the text accompanying note 94, is equally valid for international human rights law. Derogation measures that weaken the role of the courts by interfering with their independence, curtailing access to them or diluting the procedural rights which are essential to ensure fairness proceedings are incompatible with the requirements of a democratic society that are safeguarded by Article 29(2). Furthermore, the principle that emergency measures may not undermine democracy and the separation of power is also a persuasive argument in favour of the proposition, endorsed by many meetings of international experts on derogation and by the declaration of the Organization for Security and Cooperation in Europe, that derogation measures should not infringe upon the essential role of the legislature.

In terms of derogation during States of Emergency, and for Emergency Laws that are enacted in the form of ordinary legislation[69], Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that:

1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the State Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to th extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.
2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.
3. Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provision from which it has derogated and of the reasons which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.

Since, in some measure, derogation is antithetical to the general premise of universality of human rights, the limits and scope to derogation are important. In the following section we will examine the criteria that the UN Human Rights Committee (established by the *International Covenant on Civil and Political Rights*) and the Subcommission's Special Rapporteur consider the basic requirements that a States of Emergency must meet in order to avoid adopting measures that will have a negative impact on human rights.

The Special Rapporteur, Leandro Despouy, provides a good and accurate summary of the fundamental principles which determine the legality of derogations from human rights in international law. Many of which can be derived directly from Article 4 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, as well as the attempts at codification of international norms in the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights[70], the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency[71], and the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression, and Access to Information.[72] However, the interpretation of these criteria is ongoing and the norms governing States of Emergencies is being progressively developed. Therefore, where appropriate, we will supplement the Special Rapporteur's synopsis with additional details from other sources of international law. The relevant principles are:

---

69 For the sometimes meaningless distinction between National Security Laws and Emergency Laws, see description, above, at page 14.

70 The Siracusa Principles were adopted in May 1984 by a group of experts convened by the International Commission of Jurists, the International Association of Penal Law, the American Association for the International Commission of Jurists, the Urban Morgan Institute for Human Rights, and the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences.

71 The Paris Minimum Standards were adopted in April 1984 by a group of experts under the auspices of the International Law Association

72 Johannesburg principles were established by a panel of experts organized by ARTICLE 19. See Sandra Coliver, "Principles on National Security, Freedom of Expression, and Access to Information" in KOHRNET at 102-103; and Sandra Coliver, "The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information" in KOHRNET at 105-114.

For a discussion of the application of such standards to the situation in South Korea, see Cho Yong-Whan, "Comments on Blanchard and Sandra's Presentations—Results of an International Consultation of Experts" in KOHRNET at 115-119

I. THE PRINCIPLE OF OFFICIAL PROCLAMATION.

This obligation implies that people must be informed that a State of Emergency has been proclaimed and must be aware of the types of limitations that have been imposed on their rights. The obligation of officially declaring a State of Emergency, including the obligation to fully inform citizens, is designed to avoid de facto states of emergency. At the same time, the proclamation of a State of Emergency is an opportunity to verify that the authority making such a proclamation is entitled to do so. Presumably, the need to proclaim an emergency injects a measure of accountability as the State will be forced justify its actions to its citizens.

II. THE PRINCIPLE OF LEGALITY.

This principle demands that the State of Emergency be declared and applied according to the national or international rules that regulate it. At the national level, the legal rules include the constitution, laws, and jurisprudence of each country. At the international level, the legal rules include the treaties[73] and jurisprudence of the international organizations that protect human rights and, in particular, the criteria established by the Subcommission's Special Rapporteur in his annual reports, which are part and parcel of current and binding international law.[74]

III. THE PRINCIPLE OF NECESSITY (EXCEPTIONAL THREAT).

This principle indicates that not all situations allow or permit the declaration of a State of Emergency. The *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *European Convention on Human Rights*, and the *American Convention on Human Rights* contain the common requirements that the circumstance invoked as justification of emergency measures must be very serious, constituting an imminent threat to the life of the nation. It is necessary that the crisis be of such gravity that it puts at risk the entire population and represents a genuine threat to the structure and life of society. The existence for this principle has led the European Court, the Inter-American court, and the Special Rapporteur to consider as illegal or abusive the declaration of a State of Emergency when the danger justifying it is unfounded, not present, or when the crisis can be resolved without the necessity of adopting a measure as extreme as a State of Emergency.[75]

---

73 It is important to note that the *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *European Convention on Human Rights*, and the *American Convention on Human Rights* contain a saving clause indicating that the right to derogate does not affect obligations under other instruments or under customary international law.

74 The mandate of the Special Rapporteur concerning States of Emergency includes all nations by the fact that they are members of the United Nations.

75 Assuming the existence of an emergency which poses a grave and imminent threat to the life of the nation, the principle of necessity is the most relevant standard for determining the legality, under international law, of emergency measures affecting rights not classified as non-derogable. The decision of the European Commission of Human Rights in the *Lawless* case still furnishes the basic test of necessity for emergency measures in Europe and elsewhere. The decision established a three-part test: are the measures adopted "apt to contribute to the solution of" a specific problem which forms part of the emergency which is affecting the country in question; is the problem such that normal measures—i.e. those which would be compatible with international obligations without derogation—would not be inadequate and, thirdly, would other emergency measures having a lesser impact on human rights be able to solve the problem in question. (European Court of Human Rights, *Lawless* Case, Series B, 1960-61, p. 131.) The same test also was applied in the *Ireland* v. *United Kingdom* case, in which the Commission emphasized that "such justification under article 15 does not follow automatically from a high level of violence. There must be a link between the facts of the emergency, on the one hand, and the measures chosen to deal with it, on the other" (European Court of Human Rights, Series B, volume 23-1, 1976-1978, Case of *Ireland* v. *The United Kingdom*, p. 119).

The Human Rights Committee has adopted a number of decisions under the Optional Protocol which concern the impact of emergency on human rights in various countries. Thus far, however, most of its decision concern violations of rights which are not derogable, violations which do not come within the scope of measures adopted pursuant to the state of emergency or cases in which the Government failed to provide evidence of a threat to the life of the nation. (See for example No. 45/1979, *Suárez de Guerrero* v. *Colombia*, and No. 64/1979, *Salgar de Montejo* v. *Colombia*, in the Report of the Human Rights Committee for 1982 (*Official Records of the General Assembly, Thirty Seventh Session, Supplement No. 40* (A/37/40), Annexes XI and XV respectively). See generally, Report of the Meeting of Experts, *supra* note 6 at 32.

IV. THE PRINCIPLE OF TEMPORALITY.

The nature and special character of a State of Emergency means that there must be a specific time limit regarding its duration. This condition is implicit in the word "emergency" itself. Iif this were not the case, the exception would become the rule and the limitation to people's human rights will acquire a permanent character, be it abusive or illegal.

V. THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.

The *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *European Convention on Human Rights*, and the *American Convention on Human Rights* contain the common principle that the specific measures taken pursuant to the emergency are valid only to the extent they are strictly required aby the exigencies of the situation. This principle establishes the proportional relationship that must exist between the gravity of the crisis and the type of measure adopted to resolve it. It must be said that the existence of a social or political conflict does not authorize governments to impose restrictions of any kind on the rights of the people. In the case that restrictions of people's human rights are justifiable, these restriction should be applied within a strict framework as the circumstances of the situation require[76]. If not, we confront an excess on the part of the authorities[77].

In the Canadian context, Atkey states that "the varied, and at times somewhat vague, expressions of the concept 'national security' in certain statutes points to the necessity of a more precise articulation of the nature of the interests that are worth protecting through the use of extraordinary powers. ... It is no accident that the more modern national security statutes have contained increasingly sophisticated definitions of the interests that they seek to protect, and have generally sought to tailor the powers used to pursue those interests in a manner that is proportional to the ends to be attained." He continues to say that, "[r]ather than continuing the somewhat sterile exercise of trying to fashion an all-encompassing definition of national security, we should reflect on the kind of state interests that a free and democratic society may legitimately pursue in a complex world that has interlocking concerns about matters ranging from defence to economic prosperity. Moreover, we should reflect on the extent to which each interest, or set of interests, necessitates the infringement of rights or freedoms.[78]

Atkey goes on to suggest an analytical spectrum of five categories of state interests, each of which merits a different response in terms of derogation from human rights standards:

1) Interests concerning a country's ability to defend itself militarily in the event of war. In essence, the concern at this end of the spectrum is that war, as well as endangering the life and property of citizens, may undermine the very foundations of democracy and therefore warrants providing government with a very broad range of powers. By comparison, civil and political rights take considerably less significance.

---

76 See, for example, the approach in the Canadian Emergencies Act, below, text accompanying note 122.

77 In one case, the Human Rights Committe edecided that measures taken during a state of emergency whose adverse effects on political rights extend beyond the emergency are incompatible with the Covenant. (No. 34/1978, *Landinelli Silva and others v. Uruguay*, in the Report of the Human Rights Committee for 1981 (*Official records* ...(A/36/40), XII, para. 8.4)).

78 Ronald G. Atkey, "Reconciling Freedom of Expression and National Security" (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 38 at 43-47, building upon the insights in the MacDonald Commission, "Security and the Requirements of Liberal Democracy" in *Freedom and Security under the Law* (Volume 1of the second report of the MacDonald Commission) (Ottawa, 1981).

2) Interest in protecting its citizens from externally organized terrorist activities—war conducted by different means, so to speak.

3) Protecting citizens from terrorist activities organized within the nation by domestic terrorist groups. In these instances, one is dealing with groups that are uninterested in playing by the rules of democracy, and that endanger the life and property of those who do participate in the peaceful democratic process.

4) Interest in protecting the country from surreptitious or deceptive activity designed to hamper the effectiveness of the democratic institutions. This interest is less clearly pressing and substantial, a more limited range of measures designed to promote national security would be appropriate, and the range of matters open to judicial review would have to be quite broad. Indeed, the line between foreign-based covert activity designed to undermine democratic processes and legitimate internally based protest and dissent is inevitably one of the hardest to draw. As a result, the line is in need of the strictest supervision: both through the imposition of substantive constraints on the range of information to be protected in the name of national security, and through the rigorous political and judicial scrutiny of security intelligence activities by government agencies undertaken in the name of protecting national security. In essence, the concern at this point on the spectrum is to distinguish foreign attempts to prevent ... democracy from functioning, from domestic acts of protest or dissent that are a legitimate part of ... democracy.[79]

5) Interests of the kind that any sovereign state operating in a global political economy will legitimately want to protect... Because the state's interest in portecting such information is on the whole less pressing and substantial than, say, wartime military secrets, the power available for protecting this information against free speech claims should be proportionately weaker, and the degree of political or judicial scrutiny and review considerably higher.[80]

VI. THE PRINCIPLE OF NON-DEROGABILITY OF CERTAIN INALIENABLE HUMAN RIGHTS.

Although international treaties recognize the authority of the State to suspend, for a limited period of time, the exercise of certain rights under exceptional circumstances, these derogations should never violate certain fundamental human rights. This principle is extremely important since it establishes the inviolability of certain human rights in all moments and situations.

The *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *European Convention of Human Rights*, and the *American Convention of Human Rights* share a common core of non-derogable rights which includes the right to life, prohibition of torture and cruel, inhuman and degrading treatment and punishment, the prohibition of slavery and the prohibition of retroactive application of criminal law.[81] To this list, the *International Covenant on Civil and Political Rights* adds the right to legal

79 See C.E.S. Franks, ed., *Dissent and the State* (Toronto: Oxford University Press, 1989).

80 Atkey, *supra* note 78 at 50-52.

81 Jurists who have studied derogation agree unanimously that, as a minimum, the four rights which are non-derogable under the International Covenant, the European Convention and the American Convention also are non-derogable under customary law. (See Nicole Questiaux "Study of the implications for human rights of recent development concerning situations known as states of siege or emergency" (E/CN.4/Sub.2/1982/15); the Siracusa Principles; the Paris Minimum Standards; the Geneva Guidelines and the Turku Declaration on Minimum Humanitarian Standards, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities working paper E/CN.4/Sub.2/1991/55.

personality, prohibition of imprisonment for debt and freedom of thought and religion[82]. By contrast, the *European Convention of Human Rights* adds freedom from double jeopardy; whereas, the *American Convention of Human Rights* adds the rights of the child and the family, the right to nationality and political rights.

Furthermore, other international treaties contain specific provisions which deal with the derogability of human rights in States of Emergency. These include the *Geneva Conventions on International Humanitarian Law*,[83] the 1951 *Convention on the Status of Refugees*,[84] the 1930 *Convention on Forced Labour (No. 29)*,[85] the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*,[86] the *Convention on the Rights of the Child*, and the *Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict*.[87]

Moreover, the development of international legal norms regarding non-derogability of human rights can be found in the jurisprudence of the International Court of Justice, the European Court, and the Inter-American Court. As A. A. Cancado Trindade discusses, the case-law of the International Court of Justice—with antecedent in that of the Permanent Court of International Justice[88]—contains elements which have a direct bearing upon the question of non-derogable human rights. Such elements have centered on the question of crystallization of the international

---

82 Under art. 4(2) of the ICCPR, there can be no derogation from the right to life (art. 6), freedom from torture (art. 7), freedom from slavery or servitude (art. 8(1) and (2)), freedom from imprisonment for failure to pay a debt (art. 11), freedom from retroactive penal laws (art. 15), the right to be recognized as a person before the law (art. 16), and freedom of thought, conscience and religion (art. 18).

83 The Geneva Conventions on international humanitarian law address the problem of derogation from the opposite point of view: rather than classifying rights according to the impact which an emergency can have on them, they recognize rights which must be protected during a particular type of emergency, namely, armed conflict, which are non-derogable. For example, common article 3 of the Conventions protects the right of persons not taking an active part in hostilities—including civilians and members of the armed forced who have laid down their arms and those placed *hors de combat*, as well as the civil population—to life, dignity, and freedom "at any time and in any place whatsoever", prohibiting killing, torture, humiliating treatment, the taking of hostages and imprisonment without "judgement pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples". Furthermore, Article 12 of the First and Second Geneva Conventions guarantee the right of the sick and wounded to care and to protection against violence and mistreatment, without discrimination. Article 27 of the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War provides for respect of "the honour, the family rights, the religious convictions and practices and the manners and customs" of these persons and states that they shall at all times by humanely treated and protected against all acts of violence or threats thereof. Under Article 76 of Protocol I and Article 5 and 6 of Protocol II, the right of women to protection against rape, forced prostitution and indecent assault is recognized. Furthermore, the Geneva Convention Protocols (one of which applies to international conflicts and the other to internal conflicts) prohibit collective punishment, corporal punishment, the detention of women and men together and recognize the right of persons accused of a crime to most of the due process guarantees recognized by the International Covenant and other human rights treaties (Article 75 of Protocol I and Article 5 and 6 of Protocol II). Moreover, there are detailed rules on the protection of children in Articles 77 and 78 of Protocol I and Article 4(3) of Protocol II. See generally Report of Meeting of Experts, *supra* note 6 at 28.

84 Article 32(2) provides that refugees have the right not to be expelled without a hearing "except where compelling reasons of national security otherwise require".

85 Article 2(2) excludes from the scope of coverage "any work exacted in cases of emergency, that is to say, in the event of war or of a calamity or threatened calamity, such as fire, flood, famine, earthquake ... and in general, any circumstance which would endanger the existence or well-being of the whole or part of the population".

86 This Convention provides that "no exceptional circumstance whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as justification of torture."

87 There are certain non-derogable standards concerning children and the family. For example, the death penalty against people under 18 is prohibited by Convention on the Rights of the Child. Moreover, "special protection" to children and family recognized by Geneva Declaration of the Rights of the Child adopted by the League of Nations in 1924, the Declaration of the Rights of the Child proclaimed by the General Assembly in 1959, and the Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict adopted by the General Assembly in 1974.

88 The important antecedents of the case-law of the Permanent Court of International Justice include the *Jurisdiction of the Courts of Danzig* (1928) (*P.C.I.J., Series B, No. 15*, 3 March 1928, pp. 17-18). which has been interpreted to the effect that treaties could confer rights directly upon individuals (enforceable by domestic courts). Thus, the PCIJ demystified the then prevailing traditional view whereby only States were subjects of rights at international level, thus heralding the emergence of individuals as direct beneficiaries of international human rights norms. Another important decision of the PCIJ pertains to what came to be labelled as "international concern", as opposed to claims of "domestic jurisdiction" or the so-called "reserved domain" of the State. In its advisory opinion on *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* (1923)(*P.C.I.J., Series B, No. 4*, 7 February 1923, p. 24), the PCIJ warned that the question whether a given matter falls or not solely within a State's domestic jurisdiction is "an essentially relative question", which "depends upon the development of international relations". The PCIJ thus paved the way the ICJ which took up the issue in its advisory opinion on the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (1950)(*I.C.J. Reports 1950*, 30 March 1950, pp. 70-71) holding that treaty interpretation was not a question essentially within a State's domestic jurisdiction, but rather a question which, by its nature, lay within the competence of the ICJ. See A. A. Cançado Trindade, "The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights" in Prémont, *supra* note 6 at 76-78.

procedural capacity of individuals[89] (parallel to the gradual erosion of the domestic jurisdiction of States) , the growth of the *corpus juris gentium* and the acknowledgment that human rights norms have permeated the body of general international law,[90] the prevalence of general principles of international humanitarian law.[91] In addition to these, another element of great significance in the jurisprudence of the ICJ has been its construction of *erga omnes* obligations pertaining to human rights[92]. The determination of the contents of such obligations is still an ongoing process. It remains, however, significant that those points have been developed by the ICJ, in spite of its being concerned mainly with settling inter-State disputes and of individuals not having been granted direct access before it.[93] In particular, the jurisprudence of the International Court of Justice identifies four rights which are non-derogable under customary law: freedom from slavery, from racial discrimination, from "wrongful" deprivation of liberty (which includes, *a fortiori* "wrongful deprivation of life), and from inhumane treatment while deprived of liberty.

The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights has been particularly useful in clarifying the non-derogability of the right of *habeas corpus* and due process. Being essential for the protection of the right to life and physical integrity, which are non-dergoable, the right to *habeas corpus*, or its equivalent, becomes non-derogable itself.[94] Furthermore, the Inter-American Court affirms that the legality of all emergency measures should be subject to judicial review,

---

89 The international procedural capacity of individuals was discussed in the following cases: *International Status of South-West Africa* (1950); *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South-West Africa* (1956); and the *Colombian-Peruvian Asylum* case (1950). See Trindade, *supra* note 88 at 77-78.

90 Human rights norms have been established under customary international law in the following cases: *Colombian-Peruvian Asylum case* (1950); *North Sea Continental Shelf case* (1969); *Namibia* (1971); *Western Sahara* (1975); *Reservations to the Convention against Genocide* (1951); *Barcelona Traction, Light and Power Company* (1970); and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (1986). See Trindade, *supra* note 88 at 78-82.

91 The prevalence of general principles of international humanitarian law was discussed in the Human Rights Committee ruling on the right to life in time of emergency (United Nations, Report of the Human Rights Committee (*Official Records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 40* (A/40/40), Annex VI, paras. 1, 2, 4 and 7. Moreover, for a general study, see W. P. Gormley, "The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of *Jus Cogens*", in B.G. Ramcharan, ed. *The Right to Life in International Law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985), pp. 120-159)). Humanitarian law was also discussed in the *Corfu Channel* case (1949); Reservations to the Convention Against Genocide; Namibia; Nicaragua; and, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. See Trindade, *supra* note 88 at 82-86.

92 The ICJ discussed the existence of *Erga Omnes* obligations concerning human rights in a number of cases. Beginning with the 1947 *Corfu Channels* and its Advisory Opinions on the *International Status of South West Africa* and on *Reservations to the Genocide Convention*, the International Court of Justice has recognized that some obligations regarding basic human rights are binding on all States. In its Advisory Opinion on *Namibia*, the Court declared that the denial of fundamental human rights constitutes a "flagrant violation of the purposes and principles of the Charter". (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports, 1971*, 21 June 1971, p. 16.) Furthermore, in the *Barcelona Traction* case, it gave two examples of rights which have this status, the right to be free from slavery and from racial discrimination. (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1970, 5 February 1970, p. 32.) Lastly, in the Hostages in Tehran case (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment of 24 May 1980, I.C.J. *Reports 1980*, page 43, para. 91.), the Court declared:

> Wrongfully to derpive human beings of their freedom and to subject to physical constraint in condition is itself manifestly incompatible with the fundamental principles of the Charter of the United Nations as well as the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.

See Trindade, *supra* note 88 at 86-87.

93 See generally See Trindade, *supra* note 87 at 88.

94 In 1987, the Inter-American Court of Human Rights adopted two Advisory Opinions which, together with the above-mentioned decisions of the European Commission and Court constitute the most important landmarks in international human rights law concerning derogation. In Advisory Opinion OC-8/87 entitle "*Habeas Corpus* in Emergency Situations", the Court addressed the question of whether a State can derogate from the right to challenge the legality of detention, which is not expressly mentioned in the list of non-derogable rights found in article 27(2) of the American Convention. The Court noted that, although the original purpose of *habeas corpus* was to protect individual liberty, a right which is subject to derogation, it has also evolved as the main judicial instrument for the protection of prisoners against torture and extra-legal execution (paras. 30 and 38-40). Moreover, no interpretation of the Convention which would seriously weaken the rule of law and separation of powers could be allowed. Consequently, the Court concluded, judicial remedies must remain available not only for the protection of rights which may not be derogated from, but also those which a priori are subject to derogation, but have not been derogated from (para. 27). Similarly, jurisdiction to review the vires of the emergency decree, as well as the proportionality, reasonableness and *fides* of the application of emergency measures to specific individuals must be maintained (paras. 39-40). In Advisory Opinion OC-9/87 entitled "Judicial Guarantees in States of Exception", the Court takes its reasoning one step further, declaring that, to the extent States have an obligation to make judicial remedies available during an emergency, the guarantees of due process must be respected "in the main" (para. 29). See Daniel O'Donnell, "International Human Rights Standards Concerning Criminal Law and Procedure and Derogation" in Prémont, *supra* note 6 at 170.

because adopting and implementing measures which are incompatible with international human rights obligations without judicial review would seriously weaken the rule of law and separation of powers, which are inseperably linked to the democratic form of government.[95]

Furthermore, the concept of non-derogability is reinforced by international criminal law, including the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind,[96] the establishment of *ad hoc* criminal tribunals in Rwanda and Yugoslavia, and the recent momentum towards the creation of a permanent International Criminal Court. The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind supports the conclusion that there is a core of human right are non-derogable under customary law that include war crimes, genocide, and crimes against humanity. There can be no justification for these most serious crimes, as a member of the International Law Commission states: "Crimes against peace and humanity remain illicit regardless of the circumstances in which they have been committed"[97].

We can see that there is an expansive matrix of protection of fundamental human rights as provisions of treaties are designated or interpreted as non-derogable[98]. However, an important questions remains concerning derogation from human right treaties which do not contain derogation provisions. As we have seen, there are rules of international law concerning derogation which, in certain circumstances, would allow a State to take exceptional measures affecting its human rights. But is there any rule of international law which would allow States which are parties to human rights treaties not having derogation provisions to derogate from their obligations under those instruments?

At first glance, it would seem self-evident that, in the absence of a provision expressly allowing derogation, a State party is unconditionally bound by all the obligations contained in a treaty ratified.[99] This conclusion is reinforced by the savings clause common to all the major human rights treaties that expressly allow derogation, which provides that the emergency measures authorized by those provisions must not be "incompatible with their other obligations under international law".[100] There is, however, an exception to the rule *pacta sunt servanda* in the international law of treaties, namely, the rule of impossibility. Article 61(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties states:

> a party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanet disappearance or destruction of an object indispensable for the exercution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

---

95 Subsequently, the Special Rapporteurs on the right to a fair trial proposed that a draft protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights be prepared in order to recognize the non-derogable status of these rights. (See "The right to a fair trial: current recognition and measures for its strengthening" (E/CN.4/Sub.2/1994/24), para. 165 and annex I). The Human Rights Committee adopted a recommendation opposing the preparation of a draft protocol for this purpose, however, because it would simply imply that the said rights are derogable under existing law. (See the Report of the Committee for 1994 (Official Records ... (A/49/40), vol. I, annex XI, para.2) With regard to the former, the Committee stated that it "is satisfied that States parties generally understand that the right to habeas corpus should not be limited in situations of emergency", implying that the right to challenge the legality of detention is non-derogable.

96 Although the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind has not yet been adopted, it has advanced to the point where it is safe to draw certain inferences as to the rights which should be considered non-derogable because violations will be punishable under international law, regardless of the circumstances of their commission. According to this criteria, non-derogable rights include the right to life and to physical integrity, freedom from slavery and forced labour and freedom from "persecution" based on racial, religious, political or cultural motives. See Bassiouni, *supra* note 33 at 133.

97 *Ibid.*

98 Proposals regarding the extension of non-derogable status to other rights include: Mrs. Nicole Questiaux recommendation to enlarge list of non-derogable rights and that a right cannot be restricted to the point that the right is made non-existent (cannot derogate from the intangible core) See E/CN.4/Sub.2/1982/15. This was further developed in meeting of international experts convened by the Siracusa Principles, the Turku Declaration of Minimum Humanitarian Standards, etc. See generally Report of Experts, *supra* note 6 at 34-5.

99 *Pacta sunt servanda*. See Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

100 See Article 4(1) of the ICCPR, Article 15(1) of the European Convention, and Article 27(1) of the American Convention.

In its classific form, the rule of impossibility requires material impossibility of compliance. During an emergency, situations can arise in which it is impossible to protect certain rights. If, for example, courts have ceased to function because courthouses have been destroyed and the judges killed or forced to flee the country, it may be materially impossible to respect the right to a prompt and fair trial. Derogation sets a lower threshold for absolving a State of responsibility for non-compliance with a treaty than impossibility.[101] In this sense, derogation is not necessary because it is no longer materially possible to protect certain human rights; it is necessary in order to protect the nation, or the State, or the *ordre public*, without which there can be no protection of human rights. Derogation is, in the sense, preventive—although, of course, it is allowed only if the danger is both grave and imminent.[102]

The Chairman of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has suggested the following reasons why the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights does not contain an article on derogation:

> (1) the nature of the rights contained in the Covenant and the fact that the case for derogation in times of emergency from, for example, the right to food or to health care would seem inherently less compeliing than the case for derogation from the the right to peaceful assembly or the right to vote; (2) the existence of a general limitation clause in the Covenant, unlike the approach adopted in the Covenant of Civil and Political Rights; and (3) the more flexible and accommodating nature of the basic obligation of the basic obligation contained in article 2(1) of the Covenant.[103]

Likewise, the African Charter of Human and Peoples' Rights, the ILO Conventions, and the Convention on the Right of the Child contains no article for derogation. A similar explanation has been offered for the absence of such an article in this instrument, namely, that the limitations clauses are so broad that there is no need for derogation.

Thus, the concept of non-derogability has experienced a noticeable evolution in the domain of the international human rights law. In the words of A. A. Cançado Trindade, this evolution "is a manifestation of the quest for the minimum irreducable and universally recognizable in the protection of the human person, corresponding to the common hard core of some fundamental rights which admit no derogation".[104] From the key provisions of humanitarian and human rights treaties, the concept has been further strengthened by the practice and case-law of human rights international supervisory organs, which have elaborated on, and given more precision to it. Moreover, at the doctrinal level, there is a possible enlargement of the present-day hard core of non-derogable fundamental rights emerging from a comparative survey of human rights treaties. "Given the indivisibility or interrelatedness of all human rights, such enlargement is

---

101 The type of emergency measures found to be valid in the *Lawless and Ireland v. U.K.* cases, for example, were not necessary in the sence of being the unavoidable result of *force majeure*. The suspected terrorists could have been left at large. Their detention was only necessary in the sense of the legal definition of necessity stated in *Lawless*: apt to overcomes specific problems which form part of a grave and imminent threat to the life of the nation, yet carefully selected to have a lesser impact on human rights than other possible alternatives.

102 However, it has been argued that human rights treaties protect a special kind or *ordre public*, rather than the reciprocal interests of States. Consequently, some provision of the international law of treaties are not well suited to application to human rights treaties. There may be sound policy reasons to interpret the rule of impossibility in a somewhat different way as applied to human rights treaties, and the common treaty provisions on derogation would be an appropriate source for elements which could be used in fashioning a special version of this rule. An interpretation which would forbid States from taking exceptional measures to respond to a threat to the nation unless it becomes materially impossible to protect human rights would not be consistent with the object and purpose of the treaty, that is, the protection of human rights. The doctrine of the Inter-American Court emphasizing the consequences of emergency measures on the rule of law and balance of powers is particularly relevant in this regard. See Reprot of Experts, supra note 6 at 38.

103 P. Alston and G. Quinn, "The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" (1987) 9(2) *Human Rights Quarterly* 217.

104 Trindade, supra note 88 at 75.

epistemologically possible besides constituting a highly desirable goal."[105] Furthermore, it is very likely that human rights international supervisory organs will continue to extend the inalienability to rights other than those already listed as non-derogable under the respective human rights treaties:

> after all, non-derogable rights and peremptory norms are a definite achievement of civilization, whereas the list of rights and norms nowadays recognized as such is not definitive: it is in constant evolution and expansion, as, in the present context, international law has been made use of, in order to improve and strengthen—never to weaken—the degree of protection of recognized rights.[106]

VII. THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION.

This relates to the criteria that the adopted measurements or restrictions "do not provoke discrimination founded solely on the basis of race, colour, gender, language, religion, or social origin".[107] In other words, measures of derogation must apply to all equally and not be used to target any given social groups.

VIII. THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE AUTHORITY.

This relates to the criteria that the objective of a State of Emergency is not the establishment or perpetuation of an illegal government, as would be the case of a racist or colonial government or any government established by coup d'état.

IX. OBLIGATION TO INFORM THE INTERNATIONAL COMMUNITY

Finally, those governments which proclaim a State of Emergency have the obligation to inform the Special Rapporteur in all cases, and, if a country declaring a State of Emergency has ratified the *International Covenant on Civil and Political Rights*, it must inform the UN Secretary General.[108]

Furthermore, under Article 41 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Human Rights Committee is empowered to receive and hear various complaints from States about other States Parties' failure to comply with the article 4 provisions, to create committees to study

---

105 *Ibid.* at 73-74.

106 *Ibid.* at 75.

107 *The International Covenant on Civil and Political Rights*, the *European Convention on Human Rights*, and the *American Convention on Human Rights* contain common requirements that emergency measures must not discriminate on certain grounds.

108 L. Despouy, *supra* note 5 at 18-20.

such problems and to issue advisory opinions.[109] Furthermore, there are other United Nations mechanisms which combat the problem of derogation from human rights instruments, including the Commission on Human Rights, the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Discrimination and Protection of Minorities, the Committee on Torture and Special Rapporteurs.

However, although there are a number of international mechanisms, these have been criticized for their ineffectiveness in clearly defining criteria and conditions for derogations and strengthening enforcement mechanisms that could prohibit of violations of non-derogable rights:

> The control systems are based almost exclusively on piecemeal mechanisms found in individual international instruments. Such a plan compartmentalizes enforcement of human rights standards into separate systems based on subject matter. In addition, the absence of an integrated system carries with it the added burden of compliance limited to only signatory States. Clearly, the system now functions only sporadically and with limited results. As violations of derogable and particularly non-derogable rights increase and as governments develop now techniques to avoid the limited control schemes of the Covenants, little progress will be made to counteract this situation by means of controlling ... "states of exception".[110]

As the mechanisms of international enforcement are presently weak, it is important to emphasize that any attempt to combat National Security Laws at the international level will have to be accompanied by efforts at the regional and national levels. It may be hoped that the creation of an International Criminal Court would contribute to the ability of the international community to supervise the human rights consequences of National Security and Emergency Laws. However, the successful creation of such an institution of international accountability remains to be seen.

At the regional level, the European and Inter-American systems have been successful in providing some degree of supervision of National Security and Emergency Laws. Furthermore, the European and Inter-American courts have contributed to the jurisprudence of non-derogability of human rights, thereby assisting the progressive development of international legal norms that govern member States and, eventually, the global community. However, in the Asia-Pacific region, the absence of a regional human rights arrangement has created a gap of supervision, enforcement, and development of regional norms. It is in this context that we must understand the importance of the recent U.N. sponsored workshops on the creation of a regional arrangement for the Asia-Pacific. While no specific plan for institution-building has emerged, the fact that discussions have been maintained over this decade is encouraging.

Furthermore, in the interim, regional cooperation on the issue of National Security Laws can occur between National Human Rights Institutions. Such insitutions are ideally suited for this task because of their special legal expertise at the national level and their capacity to join forces with civil society actors. While, theoretically, these institutions are suited for review of National Security Laws and recommending changes in accordance with international standards, it is unclear whether they will be given the necessary mandate, political and financial independence, and operational structure to accomplish these tasks.

---

109 Article 28 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* establishes a Human Rights Committee to whom States submit reports on legislative and other means taken to comply with their obligations under the Covenant. However, this authority is limited since the Human Rights Committee must have the consent of those States involved in order to investigate and make recommendations (art. 41(1)). Therefore, the *International Covenant on Civil and Political Rights* contains no actual enforcement provisions to force compliance with article 4 other than the "significant assumption that publication of findings will influence State action and create pressures by other governments and by public opinion to desist from future violative practices. The absence of internationally binding enforcement mechanisms to deal with State measures which violate the obligations of the International Covenant on Civil and Political Rights creates a wide latitude for States who abuse the limited article 4 prerogative." See Bassiouni, *supra* note 18 at 126-7. See also John Fitzpatrick, "Protection against Abuse of the Concept of 'Emergency'" in Louis Henken and John Lawrence Hargrove, eds., *Human Rights: An Agenda for the Next Century* (Washington: The American Society of International Law, 1994).

110 Bassiouni, *supra* note 33.

National supervision of National Security Laws

The national supervision of National Security Laws depends in large measure on the existence of entrenched constitutional protection of human rights. Furthermore, this requires a certain activism in terms of judicial review. In essence, the political climate must be such that it is accepted that the courts are stronger than the military and police. Of course, there are other possibilities for national protection of human rights through national human rights institutions; however, experience shows that the successfulness of such institutions is largely dependent on the strength of the overarching national court system.[111]

I. THE CANADIAN EXAMPLE

To futher explore the possibilities of national supervision of National Security Laws, we will now turn to an example provided by the Canadian experience.[112] On the one hand, a comparative analysis of the interaction between national security interests and the constitutional protection of human rights in Canada may appear slightly irrelevant to the struggle against National Security Laws in Asia; however, on the other hand, a comparative analysis may point to the universal nature of both national security interests and human rights concerns. The purpose of a comparative analysis, therefore, is to draw attention to the possibility that a different balance between national security and human rights may be struck at law. As we review the specific provisions of Canada's *Emergencies Act* within the broader context of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, we may come to understand another option for national security legislation.

As we have mentioned, a primary consideration in the control of National Security Laws will be the strength of the constitutional protection of human rights. In Canada, since 1985, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has been entrenched in the constitution. Section 1 of the *Charter* provides that "the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Therefore, section 1 makes clear that they are rights are not absolutes—they are subject "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." However, the process of reviewing the government's limitation does provide a certain measure of protection that is useful to understand. Since the enactment of the *Charter*, the Supreme Court of

111 In Asia, witness the weakness of national human rights institutions especially in terms of their mandate to investigate human rights by agents of the state.

112 In the Canadian context see Peter W. Hogg, "Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in A. de Mestral et al., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, (Cowansville: Yvon Blais, 1986) at 3-21. For other international examples, see Francis G. Jacobs, "The 'Limitation Clauses' of the European Convention on Human Rights" in de Mestral at 21; Luzius Wildhaber, "Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law" in de Mestral at 41; Karl Joseph Partsch, "The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights" in de Mestral at 63; C. Edwin Baker, "Limitations on Basic Human Rights—A View from the United States" in de Mestral at 75; Albert Bleckmann & Michael Bothe, "General Report on the Theory of Limitations on Human Rights" in de Mestral at 105.

Canada has had to grapple with the general limits on human rights, as prescribed by s.1 of the *Charter*. As Atkey notes, "[n]ot only has it put forward well-developed views about the meaning of the term 'such limits as are demonstrably justified in a free and democratic society,' but it has also erected an analytic structure that has subsequently enabled it to grapple with an extraordinary diverse range of issues."[113]

Section 1 of the *Charter* contemplates that judicial review of legislation should proceed in two stages. In the first stage, the court must decide whether the challenged law has the effect of limiting one of the guaranteed rights. If the challenged law does have this effect, the second stage is reached: the court must then decise whether the limit is a reasonable one that can be demonstrably justified in a free and democratic society. The first stage involves the interpretation and application of the provisions of the *Charter* that define the guaranteed rights. The second stage involves the interpretation and application of the limitations of section 1 of the *Charter*.

A section 1 analysis include the following features: The onus is on the party seeking to justify the infringement of a right to demonstrate that the measures taken are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. In other words, the government is made accountable and must justify itself. This involves suhowing that the objective is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom, and that the means chosen are *proportional* to the ends to be attained. This proportionality test requires the defendant to show: (1) that the measure is rationally connected to the achievement of the objectives in question; (2) that the means chosen impair as little as possible the right or freedom in question; and (3) that there is proportionality between the effects of the measures and the desired objective[114].

Furthermore, the existence of the general limitation clause of section 1, and the two-stage review process which section 1 mandates, reflect the influence of international human rights instruments, and especially the *European Convention on Human Rights* and the *International Covenant on Civil and Political Rights*. In these instruments, the guaranteed rights are qualified by limitation clauses expressed in terms quite similar to Canada's section 1. The cases before the European Court of Human Rights (under the *European Convention*) and the Human Rights Committee under the United Nations (under the *International Convenant*) constitute a body of jurisprudence as to the meaning of the limitation clauses which has been relied upon by academic commentators on section 1 of the *Charter* and which is starting to be used by Canadian courts.[115]

The *Charter*, therefore, has mandated a new approach to National Security Law in Canada. Canada used to have the *Official Secrets Act*, which dates back to 1939 and was virtually copied form its UK counterpart enacted in 1911. This statute was attacked as being the "most normatively ambiguous of those Canadian statutes that employ the concept ... 'national security'."[116] However, since the entrenchment of the *Charter* in the constitution, Canada has revised its National Security Laws in conformity with both the *Charter* and the *International Covenant on Civil and Political Rights*.

---

113 Atkey, *supra* note 78 at 47-8.

114 This is an evolution from *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, to R. v. Edwards Brooks [1986] 2 S.C.R. 713, to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* [1989] 1 S.C.R. 927. However, the general proportionality principle is that the more severe the deleterious effects that a given measure gives rise to, the more important the objective must be if the measure is to be deemed reasonable and demonstrably justified.

115 In contrast to the international human rights instruments, the American *Bill of Rights* contains no limitation clause, and many of the guaranteed rights are expressed in unqualified terms. Since rights to 'freedom of speech' and 'equal protection' cannot be absolute, the American courts have had to imply qualifications on the rights in order to accommodate legitimate restraints on free speech and legitimate distinctions between different groups. This has been accomplished as a matter of 'judicial legislation' and without any express direction in the *Bill of Rights*. In Canada, the courts can point to section 1 as authorizing the development of exceptions to the guaranteed rights. This formal distinction between the American *Bill* and the Canadian *Charter* does not make the American jurisprudence irrelevant, of course, but it does require the Canadian courts to develop their own patterns of reasoning, which must take account not only of the guaranteed rights but also of the limitation clause of section 1. See Hogg, *supra* note 111.

116 Atkey, *supra* note 78 at 44.

The first revision is the *CSIS Act*, which controls the Canadian Security and Intelligence Service.[117] Unlike the *Official Secrets Act*, the *CSIS Act* provides an extended definition of 'threats to the security of Canada', stating that the term means:

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d) [emphasis added].[118]

Therefore, while there is still a certain degree of vagueness in these definitions, they do clarify in some degree that there are two central elements to a 'threat to the security of Canada', namely foreign influence and the threat or use of violence.[119] Furthermore, as Atkey notes: "this definition is to some extent Charter-sensitive, in that it attempt to place 'lawful advocacy, protest or dissent' beyond the reach of CSIS's powers of collection and analysis. Whether by accident or design, these exclusionary words may well serve to distinguish activities that are protected by the Charter from those that are not".[120]

Moreover, the *Emergencies Act* was also enacted after the *Charter* came into effect. To begin, the Emergencies Act specifically acknowledges the principles of legality in its preamble by stating that any temporary measures taken by the government

would be subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Canadian Bill of Rights* and must have regard to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, particularly with respect to those fundamental rights that are not to be limited or abridged even in a national emergency.

The Emergencies Act then builds upon the approach taken in the *CSIS Act*, but goes to considerable lengths to avoid the single and confusing term 'national security'[121], using instead the umbrella concept of 'national emergency', defined as:

i) an urgent and critical situation;

ii) of a temporary nature;

---

117 R.S.C. 1985, c. C-23.

118 R.S.C. 1985, c. C-23, s. 2.

119 Atkey, *supra*, note 78 at 45. However, as Atkey points out, there are portions of the definition, notably section (d), which are missing these central elements.

120 *Ibid.*

121 As Atkey notes, "with respect to national security, then, it is little surprise that the most detailed analyses of the term have usually concluded that they really do not know what the term means, and that the term is so vague as to be of little assistance in trying to sort out when the state is justified in using extraordinary powers. This problem exists largely because legislators and the courts have been content to use general definitions that refer to the 'interests of Canada,' without spelling out the nature of those interests. The Emergencies Act reveals that it is in fact possible to develop a spectrum of interests, and to fashion different limited sets of powers that are appropriate to the interest to be served." *Ibid.*, at 43.

iii) that seriously endangers the lives, health, or safety or Canadians; and

iv) that is of such proportions or nature as to exceed the capacity or authority or a province to deal with it; or

v) (as alternatives to iii and iv) that seriously threatens the ability of the Government of Canada to preserve the sovereignty, security and territorial integrity of Canada;

vi) and that cannot be effectively dealt with under any other law of Canada.[122]

Working within this umbrella concept, the Emergencies Act then spells out various kinds of national emergency:

i) a public welfare emergeny (defined to include fire, flood, drought, disease, accident or pollution, any of which may result in a danger to life or property, social disruption or a breakdown in the flow of essential goods, services or resources;

ii) a public order emergency (which must arise from threats to the security of Canada, as that term is defined in section 2 of the CSIS Act);

iii) an international emergency (defined as an emergency involving Canada and one or more other countries that arises from acts of intimidation or coercion or the real or imminent use of serious force or violence), and

iv) a war emergency (that is, war or other armed conflict, real or imminent, involving Canada or any of its allies.)

In this hierarchal definition of emergencies, the nature of the interest that the will be weighed against the rights and freedoms of the citizens is made clear. Consequently, the federal government is empowered to use a particular set of powers that is sensitive to the severity of the emergency. This conforms well with the principle of proportionality that was discussed above:

> It is clear that it is this aspect of the evolving section 1 analysis that those who drafted the Emergencies Act were concerned about when they set about creating a graduated scale of emergencies, in which each kind of emergency is in some sense more 'pressing and substantial' than the last, and therefore warrants conferring increasingly broad powers on the state. There is much that those concerned about balancing [human rights] and national security can learn from the exercise in which the Emergencies Act drafters engaged. For example, rather than attempting to come up with one all-encompassing definition for certain terms, the Act demonstrates the logic of unpacking the different kinds of interests that one is concerned about, and addressing each interest on its own. Similarly, one can also learn from the willingness of the Emergencies Act's drafters not only to place practical limits on the powers available to a government when pursuing each type of interest, but also to set up a process for reviewing the invocation of these powers and to ensure that the breadth and severity of the powers is in fact proportional to the interests being pursued.[123]

Moreover, the Act provides for an elaborate scheme of Parliamentary supervision to monitor the government's invocation of emergency powers. As Atkey notes, "the Emergency Act is surprisingly Charter-sensitive because it seeks to ensure that the scope of the powers available to the government is proportionate to the severity of the emergency:"[124]

122 *Emergencies Act*, R.S.C. 1985, c. 22 (4th supp.), s. 3, as cited in *Ibid.*, at 46.

123 Atkey, *supra* note 78 at 49.

124 *Ibid.*

Of course, a measure of good legislation is the practice that follows from its application. The recent example of the use of the emergency measures during the dramatic ice-storm in Eastern Ontario and Quebec provides evidence that Canadian emergency legislation serves its purpose well. As this particular natural disaster unfolded, military equipment and personel played a vital role in helping individuals and municipalities cope with lack of shelter, loss of power, and the disruption of normal routines. However, from the beginning of the crisis, the military was not authorized to enforce the law in the place of the police. Soldiers carried shovels not guns. At all times, the military was subject to civilian command.

II. THE SOUTH AFRICAN EXAMPLE

The South African example is of particular interest because of both its exemplary substance and form. In the recent South African constitution, a special section has been included that describes the legal regime for a State of Emergency. It reads as follows:

States of Emergency

37.

(1) A state of emergency may be declared only in terms of an Act of Parliament, and only when

(a) the life of the nation is threatened by war, invasion, general insurrection, disorder, natural disaster or other public emergency; and

(b) the declaration is necessary to restore peace and order

(2) A declaratin of a state of emergency, and any legislation enacted or other action taken in consequence of that declaration, may be effective only—

(a) prospectively; and

(b) for no more than 21 days from the date of declaration, unless the National Assembly resolves to extend the declaration. The Assembly may extend a declaration of a state of emergency for no more than 3 months at a time...

(3) Any competent court may decide on the validity of—

(a) a declaration of a state of emergency;

(b) any extension of a declaration of a state of emergency; or

(c) any legislation enacted, or other action taken, in consequence of a declaration of a state of emergency

(4) Any legislation enacted in consequence of a declaration of a state of emergency may derogate from the Bill of Rights only to the extent that—

(a) the derogation is strictly required by the emergency; and

(b) the legislation—

(i) is consistent with the Republic's obligations under international law applicable to states of emergency

(ii) conforms to subsection (5); and

(iii) is published in the national Government Gazette as soon as reasonably possible after being enacted.

5) No Act of Parliament that authorises a declaration of a state of emergency, and no legislation enacted or other action taken in consequence of a declaration, may permit or authorise-

(a) indemnifying the state, or any person, in respect of any unlawful act;

(b) any derogation under this section; or

(c) any derogation from a section mentioned in column 1 of the Table of Non-Derogable Rights (Equality, Human Dignity, Life, Freedom and Security of the Person, Slavery, Servitude, and Forced Labour, Children, Arrested, Detained and Accused Persons), to the extent indicated opposite that section in column 3 of the Table.

The specific content of the legal regime is exemplary as it takes into account the applicable international standards, has a very precise supervisory regime, and explicitly describes the scope of permissible derogations. Also, the fact that the legislation is included in the constitution is of particular importance, since it signals that the legislation that protects human rights is, itself, protected from derogation in times of emergency. Therefore, the human rights protections that are implicit in such model legislation cannot be amended or diluted in those circumstances where they are most endangered.

Conclusions

In conclusion, we must ask ourselves the following chicken-and-egg questions: is human rights-sensitive, at the national level, possible without a strong human rights protection in the national constitution and an independent judiciary? Is the protection of human rights in national legislation possible without the ratification of the relevant international instruments? Is it possible for human rights to influence subjects as sensitive as national security in places where a strong human rights culture does not yet exist? Can the standards of international human rights be directly leap-frogged into National Security and Emergency Legislation if regional and international supervisory mechanisms are weak?

The experience in Asia suggests that the fine balance between human rights and national security will only shift incrementally with positive step to reform legislation, strengthen constitutional protections, to create National Human Rights Institutions, to cooperate in regional arrangements, and to ratify international covenants. However, progress is an arduous task assumed primarily by human rights non-governmental organizations, groups that are often the very targets of the National Security Laws in question.

There are clear international standards and exemplary national examples on the topic of National Security and Emergency Laws. These need to be publicized and exploited. It is important, therefore, that international cooperation be brought to bear on this important issue in all possible bilateral, multilateral, and international fora.

BIBLIOGRAPHY

- Prémont, Daniel, Christian Stenersen and Isabelle Oseredczuk, eds. *Non-Derogable Rights and States of Emergency*. (Association of International Consultants on Human Rights). Brussels: Bruylant, 1996.

- De Mestral, Armand et al., eds. *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*. Cowansville: Yvon Blais, 1986.

- International Commission of Jurists, *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (Geneva: ICJ, 1983)

- *Situations of Emergency in Constitutional Law* (General Report of the XIIIth International Congress of Comparative Law, Number IV.B.1.), (Montreal, 1990).

- *The New World Order and Human Rights in the Post-Cold War Era: National Security vs. Human Security* (International Conference on National Security Laws in the Asia-Pacific, November 22-24, 1995), (Seoul: KOHRNET, 1995).

- Victor P. Karunan, *The Security Syndrome: Politics of National Security in Asia*, (Bangkok: FORUM-ASIA, 1997)

RESTAURER UN JUSTE ÉQUILIBRE SOUS L'ÉTAT DE DROIT: LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE ET DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE

Lloyd Lipsett

CENTRE INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE
ET DU DÉVELOPPEMENT DÉMOCRATIQUE

Restaurer un juste équilibre sous l'État de droit: Lois de Sécurité Nationale et droit international des droits de la personne

Lloyd Lipsett

Lloyd Lipsett
Stagiaire en droit
Programme justice et primauté du droit
Centre international des droits de la personne
et du développement démocratique
Montréal, Canada
9 février 1998

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I - INTRODUCTION 3

CHAPITRE II - LA DOCTRINE DE LA SÉCURITÉ NATIONALE 7

I. Caractéristiques de la doctrine de la sécurité nationale 7
II. La Doctrine de la Sécurité Nationale par rapport à la souveraineté et aux droits humains 9

CHAPITRE III - CARACTÉRISTIQUES DES LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE 13

I. Caractéristiques générales des Lois de Sécurité Nationale 13
II. La distinction entre les Lois de Sécurité Nationale et les Lois sur les mesures d'urgence 14
III. Lois de Sécurité Nationale et Impunité 16

CHAPITRE IV - LA SÉCURITÉ NATIONALE EN ASIE 19

I. Caractéristiques des Lois de Sécurité Nationale en Asie 19
II. Vue d'ensemble des Lois de Sécurité Nationale en Asie 19

CHAPITRE V - CONTRAINDRE LA SÉCURITÉ NATIONALE PAR LE DROIT INTERNATIONAL 25

I. Le principe de la proclamation officielle 28
II. Le principe de la légalité 28
III. Le principe de nécessité (menace exceptionnelle) 28
IV. Le principe de temporalité 29
V. Le principe de proportionnalité 29
VI. Le principe de la non-dérogeabilité de certains droits inaliénables de la personne 31
VII. Le principe de non discrimination 36
VIII. Le principe de l'autorité légitime 36
IX. L'obligation d'informer la communauté internationale 36

CHAPITRE VI - CONTRÔLE NATIONAL DES LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE 39

I. L'exemple canadien 39
II. L'exemple Sud africain 43

CHAPITRE VII - CONCLUSIONS 45

BIBLIOGRAPHIE 46

"Avec une situation d'urgence, tout est à l'envers. Le noir peut être transformé en noir, le jour changé en nuit. Avec la bonne influence et un peu d'argent, envoyer des personnes en prison est très facile. Il y a même une nouvelle loi que l'on appelle MISA pour simplifier la procédure".

"Qu'est-ce que la MISA?"

"Le maintien de ... quelque chose, et la sécurité de ... quelque chose, je ne suis pas sûr".[1]

***

"Je ne sais pas ce que signifie la sécurité nationale. Mais de toute façon, le gouvernement ne le sait pas non plus".[2]

***

"Le mot sécurité est une généralité large, vague, dont les contours ne devraient pas être invoqués pour abroger la loi fondamentale".[3]

---

1 Robinson Mistry, *A Fine Balance*, Toronto, McClelland and Stewart, 1995, à la p. 348.

2 M.L. Friedman, *National Security: The Legal Dimension*, Ottawa, Commission MacDonald, 1979, à la p. 1.

3 Black J. in *New York Times V. United States* 403 US 713 (1971) (US Sup. Ct.) à la p. 719.

Introduction

D'une manière très réelle et pratique, l'application des Lois de Sécurité Nationale détermine les limites les plus extrêmes du respect des droits fondamentaux de la personne par l'État. Bien que nous pouvons concevoir les droits humains comme des "atouts" contre les prérogatives et le pouvoir de l'État[4], les Lois de Sécurité Nationale fonctionnent comme des "jokers" qui, à leur tour, permettent à l'État de mettre en péril le statut fondamental, universel et non-dérogeable des droits avec une impunité quasi-totale. Par conséquent, un examen de la volonté d'un pays d'utiliser des Lois de Sécurité Nationale nous fournit une puissante lentille à travers laquelle nous pouvons évaluer son engagement en faveur de la protection des droits humains. Malheureusement, l'application des Lois de Sécurité Nationale révèle le plus souvent que les gouvernements attribuent toujours une plus grande priorité au concept de souveraineté plutôt qu'à la liberté de leurs citoyens.

Invariablement, les Lois de Sécurité Nationale fournissent un cadre juridique pour que l'État étale, et même, efface les lignes protectrices que les droits humains tracent autour des individus et des groupes de la société. En tant que telle, la simple existence de Lois de Sécurité Nationale devrait être une cause d'inquiétude. Bien que nous pouvons envisager les circonstances dans lesquelles un gouvernement peut légitimement limiter la portée naturelle des droits humains pour la défense de la souveraineté de l'État, ces circonstances doivent être extrêmement exceptionnelles en nature. Par conséquent, les Lois de Sécurité Nationale, en tant que partie de l'ordre juridique d'une nation, devraient être soumises aux autres normes juridiques, particulièrement au droit constitutionnel et aux standards minimaux prescrits par le droit international des droits de la personne. En d'autres mots, les Lois de Sécurité Nationale doivent être sujettes au principe par excellence de l'état de droit[5].

Sur un plan fondamental et philosophique, il est nécessaire de comprendre la souveraineté en termes de souveraineté populaire. En essence, la sécurité nationale doit être redéfinie en termes de sécurité humaine. Du point de départ de la sécurité humaine, il devient évident que les intérêts légitimes de souveraineté qui sous-tendent les Lois de Sécurité Nationale sont limités par l'objectif plus large de la promotion et de la protection des aspirations des individus composant la nation. Le concept de sécurité humaine implique qu'il devrait rester un noyau dur de droits fondamentaux de la personne parmi lesquels il ne peut y avoir de dérogation quel que soit l'extrémité de la

---

4 Ronald Dworking soutient que si les droits ne sont pas pris au sérieux ils peuvent être annulés simplement par un appel au bien-être général. Si un droit pouvait être supprimé pour seulement les raisons qui seraient suffisantes si aucun droit n'existait, alors la revendication d'un droit est inutile. Voir Ronal Dworkin, "Taking Rights Seriously", (1970) *New York Review of Books*, tel que cité dans Hogg à la p. 854.

5 Dans les mots du Rapporteur spécial sur les états d'exception, M. Leandro Despouy, "l'état d'exception est conçu ... comme une partie de l'état de droit. C'est la raison pour laquelle la proclamation et la mise en application de l'état d'exception devraient respecter quelques règles et principes pour la protection juridique garantie des droits de la personne dans des situations de crise et d'instabilité. Ces règles représentent de véritables limitations à l'utilisation arbitraire du pouvoir. Elles sont destinées à éviter que l'état d'exception ne devienne un système arbitraire ou qu'il ne soit utilisé en tant qu'instrument de persécution et de répression politique". Voir Leandro Despouy, "Historical Evolution of the Treatment of The States of Emergency", in Korea Human Rights Network (KOHRNET), *The New World Order and Human Rights in the Post-Cold War Era: National Security vs. Human Security* (Proceedings of the International Conference on National Security Law in the Asia-Pacific), Séoul, KOHRNET, 1995, 17 à la p. 22.

circonstance. En pratique, cela signifie que les Lois de Sécurité Nationale doivent être appliquées en conformité avec le cadre internationalement accepté pour la protection des droits de la personne en situations d'états d'exception.

L'histoire a enseigné à la communauté internationale que les circonstances exceptionnelles sont plus banales que l'on pourrait autrement le supposer. En effet, les circonstances exceptionnelles sont souvent fabriquées pour convenir à des buts politiques abominables. Il semble que, à un certain moment, plusieurs gouvernements seront tentés de recourir à des mesures exceptionnelles faisant ainsi échouer les aspirations des citoyens au profit leurs intérêts pour le maintien d'un ordre et contrôle particulier. D'une part, ce phénomène est compris comme une nécessité mais, d'autre part, il est parfaitement relié à l'impunité et à la corruption. Par conséquent, étant donné la récurrence de ce phénomène, la communauté internationale, à travers l'adoptions des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, a créé des standards minimaux pour régir la limitation générale des droits de la personne dans l'intérêt de la souveraineté et, plus particulièrement, la dérogation aux droits de la personne en cas d'états d'exception[6]. Il s'agit là d'importantes pierres angulaires de l'état de droit international et de prérequis pour un ordre mondial paisible.

Cet article donnera un aperçu des exigences de l'état de droit par rapport aux considérations de sécurité nationale telles qu'elles se rapportent au "syndrome de la sécurité"[7] ressenti dans plusieurs États d'Asie. Le problème des Lois de Sécurité Nationale a des dimensions particulièrement vives en Asie pour plusieurs raisons liées à la faiblesse relative du système international des droits de la personne dans la région. Sur un plan théorique, certains gouvernements continuent de défier la validité universelle des droits internationaux de la personne faisant valoir que les droits de la personne sont incompatibles avec leurs traditions et cultures asiatiques. D'autres gouvernements, bien qu'ils acceptent la prémisse selon laquelle les standards des droits de la personne sont pertinents, font valoir que les conditions économiques, sociales et politiques actuelles demandent des politiques d'une volonté de fer pour assurer la stabilité et la croissance. De plus, ce scepticisme au sujet des droits de la personne se reflète dans la pauvre protection institutionnelle des droits de la personne dans toute la région. Dans plusieurs cas, les importants Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme n'ont pas été ratifiés et/ou mis en application dans le droit constitutionnel national. En outre, la région Asie-Pacifique est l'unique portion du globe qui n'a pas d'arrangement régional en matière de droits de la personne.

La présente faiblesse du cadre institutionnel pour la protection et la promotion des droits de la personne n'est pas déterminante du future des Lois de Sécurité Nationale dans la région. Les activités de défense des droits humains et les mouvements démocratiques progressifs sont en train de gagner de la force et utilisent souvent les Lois de Sécurité Nationale comme un point précis pour la réforme. Toutefois, la faiblesse du cadre institutionnel rend nécessaire qu'une action politique de grande envergure accompagne la bataille juridique pour soumettre les Lois de Sécurité Nationale aux standards internationaux des droits de la personne. Au bout du compte, l'objectif de

---

6 Les rédacteurs du *Pacte international sur les droits civils et politiques*, des Conventions européennes et américaines relatives aux droits de l'homme, ont compris que des situations extrêmes dans lesquelles il est difficile ou impossible de respecter intégralement la gamme complète des droits civils et politiques se répètent dans l'histoire humaine. "Plutôt que de laisser chaque État avec une discrétion sans entraves et la responsabilité exclusive de décider comment répondre à de telles situations lorsqu'elles surviennent, les rédacteurs ont conclu que le cours le plus sage serait de fournir à tous les États des lignes directrices sur comment les intérêts en compétition de la sécurité nationale et des droits de la personne devraient être réconciliés en temps de menace exceptionnelle à la vie de la nation. Paradoxalement, le but de toute dérogation est de fournir une licence temporaire pour certaines violations des droits de la personne afin de préserver l'état de droit et d'assurer que les mesures prises par l'État ont le moins possible d'impact sur les droits de la personne. Ces lignes directrices comprennent des principes d'application générale et une liste de droits auxquels on ne peut pas déroger en aucune circonstance". Voir "Report of Meeting of Experts on Rights Not Subject to Derogation During States of Emergency and Exceptional Circumstances", in D. Prémont et al. (eds.), *Non-Derogable Rights and States of Emergency*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 27 à la p. 29.

7 Le Dr. V. Karunan a écrit un livre fascinant et utile sur ce sujet, intitulé *The Security Syndrome: Politics of National Security in Asia*, Bangkok, FORUM-ASIA, 1995.

la lutte est d'avoir les valeurs de la souveraineté populaire et des droits internationaux de la personne fermement arrêtés dans l'ordre juridique national et d'avoir le pouvoir militaire soumis au commandement civil. À ce stade là, les Lois de Sécurité Nationale ne seront plus un outil d'oppression mais seront une méthode légitime de dernier recours pour protéger la liberté en circonstances exceptionnelles.

La Doctrine de la Sécurité Nationale

I. CARACTÉRISTIQUES DE LA DOCTRINE DE LA SÉCURITÉ NATIONALE

Les Lois de Sécurité Nationale sont l'excroissance législative d'une série particulière de croyances que la nation est assiégée. Par conséquent, pour comprendre comment contrôler les Lois de Sécurité Nationale, nous avons besoin de comprendre quelques-unes des caractéristiques essentielles de ce que nous pouvons appeler la "doctrine de la sécurité nationale"[8]. Margaret Blanchard déclare que:

> la "Sécurité Nationale" est un terme large qui peut comprendre n'importe quelle menace à la survie de la nation. La menace peut venir de sources externes qui sont sur le point de prendre une action hostile contre la nation, ou la menace peut venir de sources internes qui sont perçues comme sapant le tissu même de la société. Les menaces réelles ou perçues à la sécurité externe ou interne augmentent généralement le niveau de la peur dans la société de façon substantielle. Avec les préoccupations de sécurité interne, les dissidents sont souvent perçus comme contestant l'ordre établit des choses, un ordre préféré par le gouvernement et par les leaders dans les communautés d'affaires, de professionnelles et d'éducation.[9]

Les éléments clés qui peuvent être tirés de cette définition de la sécurité nationale se rapportent à la largeur ou à l'imprécision du terme, aux aspects externes et internes de la menace et à la perception que la dissension est une menace. Les questions communes qui sont soulevées durant les périodes d'appréhension de sécurité nationale sont: 1) un manque de confiance dans le bon sens du peuple de la nation; 2) l'accès limité à l'information en raison du secret excessif du gouvernement; 3) le contrôle par le gouvernement des idées que les personnes sont autorisées à recevoir; 4) la surveillance des dissidents; 5) la dépendance vis-à-vis de la législation répressive; et 6) la ferme croyance que la préservation du gouvernement est la valeur la plus importante dans la société[10].

Sans doute, le pas le plus important pour le contrôle des Lois de Sécurité Nationale implique de surmonter l'imprécision inhérente au concept de sécurité nationale. En particulier, ceci nécessite une définition claire des valeurs de la souveraineté qui ont besoin de protection; différencier entre les menaces externes et internes et façonner les réponses appropriées et proportionnelles à chaque

---

8 Pour l'histoire de la doctrine de la sécurité nationale en Asie, voir *Ibid.*, à la p. 5, et Rho Bong Khan, "Human Rights Violations under National Security Laws in Asian Countries", in KONUCH (Symposium of Korean NGO Network for the UN World Conference on Human Rights), (UN Human Rights Report, 14 juillet 1993).

9 Margaret A. Blanchard, "Freedom of Expression, Fear, and Nationale Security: An American View", in KOHRNET, *supra*, note 5, 83, aux pp. 85-94.

10 *Ibid.*

sorte de menace; et distinguer entre la dissension politique légitime et les formes inappropriées de subversion.

Alors que nous commençons à définir la sécurité nationale plus prudemment, il est crucial de différencier entre les menaces externes et internes[11]. Bien que l'on pourrait penser que le concept de sécurité nationale serait invoqué exclusivement en ce qui concerne les menaces externes, la "doctrine de la sécurité nationale" - spécialement telle qu'elle a été développée durant la Guerre froide - affirme que "la subversion interne" est la menace la plus importante à la sécurité nationale[12]. En essence, ceci signifie qu'il y a "une guerre latente et permanente entre l'État et un ennemi qui est identifié au sein du peuple"[13]. Il s'agit là d'un changement conceptuel inquiétant, spécialement quand l'on considère que le la loi et l'ordre interne devraient être maintenus en tant que mesure normale, par exemple, par le droit pénal appliqué par une autorité civile. Il est difficile de comprendre la justification pour des mesures exceptionnelles appliquées par l'armée contre la population nationale en temps de paix.

Néanmoins, sans laisser entendre qu'il n'y a pas de préoccupations de sécurité nationale légitimes émanant de sources aussi bien internes qu'externes, il faut comprendre que les menaces internes et externes prennent des formes très différentes et, par conséquent, leurs mécanismes de contrôle devraient également être manifestement différents. La réponse à une catastrophe naturelle telle qu'une inondation ou un tremblement de terre devrait être sensiblement différente de la réponse à une invasion armée. En particulier, un régime juridique différent pour les menaces externes et internes afin d'assurer la proportionnalité de la réponse du gouvernement et, dans la mesure du possible, de protéger les droits humains des citoyens[14]. Bien que l'on pourrait s'attendre à ce qu'une approche distincte aux menaces internes et externes soit automatique, ce n'est pas le cas. Dans une large mesure, les réponses à ces menaces internes et externes sont impossibles à distinguer en droit.

Ainsi, la boiteuse distinction entre les menaces internes et externes nous conduit au coeur de notre préoccupation sur les Lois Nationales de Sécurité - l'utilisation de la sécurité nationale comme justification pour la suspension des droits humains et la répression de la dissension légitime. Comme le déclare le Rapporteur spécial, Leandro Despouy, avec la montée de la doctrine de la sécurité nationale durant la Guerre froide, "il était très fréquent que les opposants à un gouvernement n'étaient pas considérés comme de véritables dissidents mais comme des ennemis internes ou agents d'ennemis internes et, par conséquent, présentaient un risque pour la sécurité de la nation". Ainsi, l'imprécision de la définition des intérêts de sécurité nationale permet aux Lois de Sécurité Nationale d'être invoquées sans aucune relation nécessaire avec une menace objective. Ceci menace non seulement les droits et libertés des citoyens, mais également la responsabilité démocratique en permettant à des intérêts de sécurité nationale de fausser la dynamique de la politique interne d'un pays.

---

11 En règle générale, la différence entre les menaces internes et externes est liée aux préoccupations suivantes: une menace interne à la sécurité nationale se rapporte à la défense du gouvernement de la nation contre des éléments locaux hostiles cherchant son remplacement avec un nouvel ordre politique et fait allusion aux mesures prises par le gouvernement dans le but de réagir aux défis domestiques ou internes à l'encontre du *statu quo* politique et socio-économique existant. De l'autre côté, l'aspect externe de la sécurité nationale est concerné avec la sauvegarde de l'État contre les forces extérieures ou étrangères, les contraintes d'influence, destinées à conquérir l'État ou à saper sa souveraineté dans le but de le placer sous la domination ou le contrôle d'un État étranger ou de quelques États. Ceci renvoit à l'arrangement de défense destine à assurer la sécurité de l'État contre l'intervention de domination étrangère. Voir Civil Liberties Union, "A Question of National Security" (1983), à la p. 2, tel que cité in Karunan, *supra*, note 7 à la page 8.

12 Le Rapporteur spécial, Leandro Despouy fait également référence la "doctrine" de la sécurité nationale. Il dit: "les différentes affaires de mise en application de la Doctrine de la Sécurité Nationale illustrent le fait que la proclamation de l'état d'exception était l'instrument juridique utilisé par les dictateurs pour détruire toute forme d'opposition politique et pour supprimer l'exercice des droits humains par la vaste majorité du peuple. Au même moment, la Doctrine de la Sécurité Nationale était un outil idéologique donnant de la légitimité à ces types de gouvernements". Voir Leandro Despouy, *supra*, note 5.

13 KONUCH, *supra*, note 8 à la p. 85. L'auteur va jusqu'à noter que la "représentation de la subversion en tant que ennemi est large et illimitée. La subversion est plus qu'une simple émergence objective d'un groupe armé. Le phénomène de la subversion est beaucoup plus complexe, profond et global".

14 Voir la discussion sur le Principe de Proportionnalité, ci-dessous, le texte accompagnant la note 75.

II. LA DOCTRINE DE LA SÉCURITÉ NATIONALE PAR RAPPORT À LA SOUVERAINETÉ ET AUX DROITS HUMAINS

Sur un plan conceptuel, le dilemme au coeur de la sécurité nationale tourne fondamentalement autour du besoin de trouver le bon équilibre entre - les "intérêts de la société" dans la survie et les "intérêts des individus" dans la jouissance de la liberté et des droits fondamentaux:

> L'État soutient souvent que la survie humaine, elle-même, dépend de la sécurité de la société et, par conséquent, que la "sécurité nationale" devrait prendre préséance sur tous les autres intérêts. Au contraire, les défenseurs des droits humains auront tendance à croire que la "sécurité nationale" est l'un des nombreux intérêts nationaux de la société et, donc, que la sécurité nationale devrait être subordonnée à la liberté individuelle. Jusqu'ici il n'y a pas eu de point de convergence entre ces deux points de vue diversement opposés.[15]

Cependant, comme le déclare le Dr. Karunan, "il est important de démystifier la notion commune promue par les gouvernements au pouvoir selon laquelle la sécurité nationale est une réalité de la vie"[16]. Étant donné que les gouvernements ont tendance à croire qu'il y a une menace externe et interne permanente à leur règne, ils sentent le besoin d'adopter des Lois de Sécurité Nationale strictes pour faire face à l'opposition à l'État. Toutefois, la réalité de la situation est souvent contraire et les menaces à la sécurité nationale sont simplement des perceptions. Nous devons nous opposer à cette mentalité obsessive qui est, finalement, "une sorte de mentalité de croisade dans notre pays et à l'étranger". Cela suppose donc que le pays est toujours dans un état d'alerte militaire pour contrer n'importe qu'elle menace. En d'autres mots, la nation doit être dans une alerte permanente contre les "ennemis internes et externes"[17].

Bien que la sécurité nationale peut facilement être comprise dans les termes de ses caractéristiques et fonctions - en tant que moyens par lesquels les gouvernements suspendent la protection judiciaire des droits de la personne qui est normalement attendue[18] - les limites théoriques du concept lui-même sont plus difficiles à établir. En effet, les gouvernements fondent souvent leur idéologie de sécurité nationale sur le "nationalisme" - lequel est mis de l'avant comme principe fondamental de sauvegarde de la souveraineté de la société - et "il n'y a pas de limites et de frontières précises à l'intérieure desquelles le concept de nationalisme et la sécurité nationale ont été auparavant définis"[19].

Par conséquent, comme il est difficile d'avancer des limitations inhérentes sur l'application des Lois de Sécurité Nationale d'une analyse des Lois de Sécurité Nationale, la protection des droits humains dépend, dans une large mesure, dans la capacité des instruments relatifs aux droits de la personne d'agir comme contrepoids aux Lois de Sécurité Nationale. Alors que la Doctrine de la Sécurité Nationale sert habituellement à promouvoir et protéger les intérêts des élites politiques et militaires, les droits de la personne servent toujours à promouvoir et à protéger les aspirations de tous les peuples. En d'autres mots, la transition de la sécurité nationale à la sécurité humaine requiert un effort pour convaincre le législateur, le pouvoir judiciaire, l'armée et le public en général, que les droits de la personne sont à tout moment une considération essentielle lorsque l'on aborde la question de savoir quels intérêts nécessitent une protection.

---

15 Karunan, *supra*, note 7, à la p. 9.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 Tous les principaux Pactes relatifs aux droits de la personne, la soi-disant *Charte internationale des droits de l'homme* affirment que l'État est l'entité qui est essentiellement responsable de la promotion et de la protection des droits de la personne.

19 Voir Church Trends, *infra*, note 58. Pour une discussion sur le nationalisme en Asie, voir Oh Jae-Shink, "The New International Order and Human Rights in the Post-Cold War Era", in KORHRNET, *supra*, note 5, aux pp. 27 à 37.

Ainsi, notre discussion sur la sécurité nationale se ramène au débat éternel sur les limites de la souveraineté[20]. Comme concept, la "souveraineté ... vise à établir de l'ordre et de la clarté dans un monde par ailleurs turbulent et incohérent. Sa fonction historique a été d'agir comme "source fondamentale de vérité et de sens", de distinguer entre l'ordre et l'anarchie, la sécurité et le danger, l'identité et la différence"[21]. Cependant, dans les formulations anciennes du concept, on ne croyait pas que la souveraineté était illimitée. Hobbes, qui croyait que le dirigeant était suprême, reconnaissait que le peuple avait des droits inaliénables, tels que le droit à la vie, à la liberté et le droit de vivre de manière à ne pas se lasser de la vie[22]. Locke a fait l'analogie entre la souveraineté et un trust public. Rousseau a élaboré l'idée de la souveraineté populaire comme base de la souveraineté de l'État et que l'État était lié au peuple à travers un contrat. "Ce contrat n'était pas, cependant, un contrat ... dans lequel le peuple donnait sa soumission complète sans recevoir quelque chose en retour. Plutôt, c'était un contrat qui exigeait que le dirigeant gouverne dans les intérêts du peuple plutôt que pour la *raison d'état*, et qu'il n'abuse pas du peuple"[23].

La pensée contemporaine sur la souveraineté a érodé encore plus le caractère illimité du concept. Il y a une prise de conscience que "l'État et le concept de souveraineté sont enracinés dans un contexte historique et socio-politique particulier, et la souveraineté a été socialement construite à travers des processus ancrés au sein de ce contexte"[24]. De plus, comme le fait remarquer Mills, "avec les changements technologiques, le développement d'un système économique vraiment global et l'identification d'effets environnementaux qui outrepassent les frontières, il n'est plus réaliste de parler de souveraineté absolue et de contrôle total des frontières. L'un des défis théoriques majeurs à la souveraineté concerne les questions se rapportant aux droits humains et aux problèmes humanitaires"[25].

Par conséquent, il est possible de reconceptualiser la souveraineté d'une manière qui suggère des limites à la doctrine de la sécurité nationale:

> Les États existent pour le bien-être de leurs habitants. La fonction primaire des États est celle de la protection. En d'autres mots, l'État existe pour s'assurer que ses citoyens sont capables de vivre leur vie libres de la peur qu'une force étrangère ne vienne interrompe leur vie. Une extension raisonnable de ceci serait que les habitants d'un État devraient également être tout aussi libres de la persécution interne que de la persécution externe. Il n'y aurait pas de raison de protéger les personnes des menaces externes si elles étaient maltraitées à la maison. Ainsi, la fonction sociale de l'État est de s'assurer de la capacité des personnes de vivre ... Si alors, l'État existe uniquement dans le but de permettre aux individus qui composent l'État, de vivre leur vie paisiblement, et pour aucun autre but, alors l'on ne peut pas dire que la souveraineté réside ultimement dans l'État. Plutôt, elle réside dans les individus au sein de l'État.[26]

---

20 Voir F.H. Hinsley, *Sovereignty*, Cambridge, University Press, 1986; N.G. Onuf, "Sovereignty: Outline of a Conceptual History", (1991) 16/4 *Alternatives* 425-446; J. Camilleri et J. Falk, *The End of Sovereignty?: The Politics of a Shrinking and Fragmented World*, *Brookfield, Ashgate, 1992; Jean Bodin, On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth*, (Julian H. Franklin (traducteur)), Cambridge, University Press, 1992.

21 La souveraineté, à la fois comme idée et comme institution, est au coeur de l'expérience moderne et, par conséquent, Occidentale de l'espace et du temps. Elle est intrinsèque à la structure de la pensée Occidentale avec son insistance sur les "dichotomies et polarités", et à un discours géographique dans lequel le territoire est nettement délimité et exclusivement contrôlé. Camilleri et Falk, *supra*, note 20, à la p. 11.

22 Thomas Hobbes, *Leviathan*, New York, Cambridge University Press, 1991, à la p. 93.

23 Kurt Mills, "Reconstructing Sovereignty: A Human Rights Perspective", (1997) 15/3 *Netherlands Human Rights Quarterly* 267, aux pp. 268-269.

24 Thomas J. Biersteker et Cynthia Weber (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, University Press, 1996, in *ibid*, à la p. 270. De plus, Camilleri et Falk soutiennent que le "discours sur la souveraineté [est] une façon de décrire et de réfléchir sur le monde dans lequel les États-nations sont les principaux acteurs, les principaux centres du pouvoir et les principaux objets d'intérêts". Voir Camilleri et Falk, *supra*, note 20, à la p. 2.

25 Mills, *supra*, note 23, à la p. 275.

26 *Ibid*. Mills va jusqu'à noter que de cette prémisse il peut être déduit que le droit à la vie est le droit le plus fondamental. En plus, l'on pourrait étendre le concept pour y inclure le droit de vivre d'une certaine manière. Une partie de ce droit serait le droit de ne pas être torturé ni persécuté - tel que la détention injustifiée, la discrimination, ou les déplacements de populations qui, même s'ils ne menacent pas nécessairement la vie même d'un individu, empêchent les individus d'utiliser leur droit à la vie.

Au bout du compte, cela signifie que le peuple est souverain au lieu d'une personne ou d'un gouvernement. C'est le concept de "souveraineté populaire" par lequel l'État est redevable au peuple. Comme l'indique la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la volonté du peuple est le fondement de l'autorité[27].

De plus, comme la souveraineté appartient aux individus, ceci signifie qu'il doit y avoir un certain noyau dur des droits fondamentaux de la personne: "reconnaître l'État comme une institution construite socialement avec le but social de procurer de la sécurité à ses habitants serait incompréhensible sans que l'on n'établisse, au même moment, l'on relie ce but social à tous les individus sans exception au sein de son domaine. En d'autres mots, puisque le but social de l'État est de permettre à ses citoyens de vivre, c'est alors une bonne idée de reconnaître ce but social comme étant un droit de chaque personne"[28]. Par conséquent, les individus ont certains droits en tant qu'être humains et, de plus, ces droits sont au-dessus des intérêts de sécurité de l'État[29].

Par conséquent, l'État ne peut violer ces droits pour une *raison d'état*. Dans le contexte de la sécurité nationale, cette limitation est la fonction essentielle des droits du droit international positif. Dans les mots de Sir Hersch Lauterpacht:

> Tant que le déni des droits fondamentaux de la personne a été associé avec l'État-nation revendiquant la prétention à la réalité ultime et subordonnant complètement l'individu à une personnalité mystique et absolue qui lui est propre, la reconnaissance de ces droits est un frein au nationalisme exclusif et agressif qui est l'obstacle, à la fois conscient et involontaire, à l'idée d'une communauté mondiale sous l'état de droit.[30]

Par conséquent, bien que le terme "souveraineté" continu à être utilisé dans la pratique du droit international, son référent en droit international contemporain est très différent: "Le droit international protège encore la souveraineté, mais - ce n'est pas étonnant que - c'est plutôt la souveraineté du peuple que la souveraineté du souverain"[31]. D'une manière importante, cette compréhension de la souveraineté populaire correspond au changement de réflexion de la "sécurité nationale" à la "sécurité humaine"[32].

---

27 *Ibid.*, à la p. 279. De plus, comme le déclare Farley: "La légitimité politique émane de la volonté du peuple - elle ne descend pas déductivement des principes Westphaliens de la souveraineté de l'État" (Lawrence T. Farley, *Plebiscites and Sovereignty: The Crisis of Political Illegitimacy*, Boulder, Westview, 1986, à la p. 145). Bien sûr, comme Mills le reconnaît, il est problématique de déterminer la volonté du peuple: "Dans une large mesure ... nous sommes guidés vers diverses conceptions de la démocratie pour déterminer cette volonté. Malgré tout, l'État n'est rien de plus que la somme de ses parties".

28 *Ibid.*

29 En développant cette analyse de la souveraineté, Claude et Weston ont soutenu que les droits de la personne peuvent être envisagés comme un défi à la souveraineté de l'État. Voir Richard Pierre Claude et Burns H. Weston, *Human Rights in the World Community: Issues ans Action*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1992, aux pp. 3-5.

30 Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, New York, Garland, 1973, à la p. 47.

31 W. Michael Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", (1990) 84 *American Journal of International Law* 867, à la p. 868.

32 Non seulement la sécurité humaine devrait être comprise en tant qu'acceptation des demandes des organisations des droits de la personne, mais c'est également une admission par les leaders que les intérêts de sécurité nationale dépendent du développement humain et social.

Caractéristiques des Lois de Sécurité Nationale

I. CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DES LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE

Bien qu'il y a plusieurs variations sur le thème des Lois de Sécurité Nationale[33], une telle législation a essentiellement les caractéristiques suivantes:

1. Une loi, ayant des buts limités et spécifiques, est passée, donnant une couleur de légitimité aux processus par lesquels les violations sont entreprissent;
2. La loi est de nature pénale, conçue pour combattre un phénomène criminel qui est publiquement perçu comme valide;
3. Elle s'en remet à des modalités procédurales pour:
   a) augmenter certains pouvoirs de police;
   b) diminuer certains droits individuels;
   c) limiter l'accès à la justice ou empêcher son efficacité;
   d) renverser le fardeau de preuve ou établir des présomptions juridiques qui sont très difficiles à renverser ou réfuter.
4. Les mécanismes procéduraux mentionnés plus haut sont formulés dans des termes apparemment limités qui ne provoquent pas l'implication de violations envahissantes ou systématiques.

Chacun de ces éléments, substantifs et procéduraux, sont problématiques d'un point de vue juridique et humain. Les Lois de Sécurité Nationale sont anathèmes sur les valeurs qui animent l'état de droit, à savoir la précision, la transparence, la prévisibilité et le non-arbitraire. La terminologie vague, spécialement dans la définition de concepts comme le "terrorisme", l'"organisation anti-étatique", les "activités anti-nationales", ou "préjudicielles à la sécurité du pays"

33 Par exemple, un État qui met en application la nouvelle technique promulgue une législation spéciale traitant avec des sujets spéciaux qui confèrent sur les agences d'exécution des lois et les autres agences administratives certaines prérogatives qui résultent dans la violation des droits de procédure. En raison de ces lois, les droits individuels sont en réalité suspendus et contournés, résultant en de claires violations des droits fondamentaux de la personne. Les meilleures lois et celles auxquelles on a le plus souvent recours, sont apparemment dirigées au contrôle des choses suivantes: le terrorisme, le trafic de la drogue et les transactions financières illégales. Voir "Action visant à encourager et développer davantage le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, notamment, question du programme et des modalités de travail de la Commission", Commission des droits de l'homme (E/CN.4/1994/35).

Les autres variations dépendent du droit administratif, qui prévoit que la législation ou la réglementation spéciale en question requiert une licence et une autre autorisation avant que certaines activités ne puissent être réalisées. La violation de ces exigences administratives apparemment raisonnables, qui sont ultimement mises en application de manières discriminatoires et abusives, sont devenues les fondements d'une variété de sanctions pénales et quasi-pénales dont les effets sont la suspension des droits. Les exemples d'une telle législation de contrôle et de procédures administratives comprennent: les partis politiques, les organisations sociales, les publications, les réunions publiques, l'utilisation de permis publics et privés de rénovation et de construction et l'exercice de pratiques religieuses. Voir M. Cherif Bassiouni, "States Emergency and States of Exception: Human Rights Abuses under de Color of Law", in Prémont, *supra*, note 6, à la p. 132.

ouvrent une marge de controverse, de discrétion ou d'interprétation erronée de la part de l'exécutif. Comme le soutient le Dr. Victor Karunan, "la terminologie utilisée par l'État pour définir la sécurité nationale - spécialement pour faire des lois sur sa sécurité nationale - est délibérément vague et ambiguë. Ceci fournit juste assez de possibilités pour les personnes chargées de mettre ces lois en application d'interpréter et d'utiliser ces lois comme elles le veulent bien"[34].

De plus, quand "le plaidoyer en faveur de la sécurité nationale par les autorités de l'État est, le plus souvent, basé sur une perception selon laquelle il y a une menace à la société qui nécessite d'être contrée ... il y a le danger inhérent que le facteur de menace soit simplement fictif. En d'autres mots, il est concocté comme partie de la propagande pour justifier la plus grande discrétion dans l'utilisation des pouvoirs de l'État et pour assurer un manque de responsabilité de la part des autorités de l'État"[35]. Par conséquent, comme l'imprécision de la définition de la sécurité nationale menace toute forme de responsabilité démocratique - législative ou judiciaire - nous entrons dans le domaine où le pouvoir, la corruption et l'impunité prévalent.

II. LA DISTINCTION ENTRE LES LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE ET LES LOIS SUR LES MESURES D'URGENCE

Étant donné que l'une des responsabilités de tout gouvernement est la défense de la nation, il y aura sûrement une certaine forme de Loi de Sécurité Nationale dans chaque nation. Généralement, il y a deux sortes de lois qui peuvent être considérées comme des Lois de Sécurité Nationale: les premières sont celles qui délimitent les opérations courantes de la force de police, du service d'intelligence et de l'armée; les deuxièmes sont celles qui étendent les pouvoirs de ces forces de sécurité en temps d'urgence. En théorie, les Lois sur les mesures d'urgence sont latentes et strictement comprises comme un imprévu extrême: elles sont promulguées comme une mesure prudente contre les circonstances exceptionnelles qui, avec un peu de chance, ne surviendront pas. En tant que tel, les Lois sur les mesures d'urgence ne devraient pas ordinairement empiéter sur les libertés des individus, la vitalité de la société civile, ou le pluralisme du processus politique.

Cependant, dans plusieurs affaires, il y a des pays dans lesquels les considérations de sécurité nationale on été utilisées pour invoquer les pouvoirs exceptionnels des Lois sur les mesures d'urgence pour enfreindre les droits de la personne et dénaturer le processus démocratique bien qu'il n'existe aucune situation d'urgence spécifique. Par conséquent, c'est souvent le cas que les lois qui contiennent des pouvoirs et procédures typiques d'une législation d'exception se font passer pour une loi normale. Comme l'explique le Dr. Karnunan:

---

34 Karunan explique que les Lois de Sécurité Nationale sont connues sous différents noms dans les pays asiatiques - "Loi de Sécurité Interne" (LSI), "Loi de Sécurité Nationale" (LSN), "Loi de Sécurité Publique", "Loi de Défense de l'État", "Loi anti-subversion", "Loi de Prévention du Terrorisme" (LPT). Comme on peut le voir clairement des titres donnés à ces lois de sécurité, ils abordent invariablement les conditions de l'État pour faire face aux menaces à sa défense et les intérêts du public contre la subversion et le terrorisme. Quelle que puisse être l'affaire, ces concepts vitaux n'ont pas été clairement définis par les gouvernements pour permettre que l'on saisisse la nature exacte de la menace qui est perçue par l'État. C'est cette ambiguïté intentionnelle de la part de l'État pour spécifier la "menace" qui lui a donné de vastes pouvoirs pour exercer une telle législation d'exception et se protéger du contrôle et de la critique publique. Voir Karunan, supra, note 7, aux pp. 16-18, citant K.S. Venkateshwaran, "National Security Laws in Asia: An Overview", in KONUCH, supra, note 8, à la p. 7. Un exemple d'une définition plus précise d'un "intérêt légitime de sécurité nationale" est articulé au point 2(a) du Principe de Johannesburg qui déclare:

> Une restriction qui cherche à être justifiée pour des raisons de sécurité nationale n'est pas légitime à moins que son but véritable et son effet démontrable est de protéger l'existence d'un pays ou son intégrité territoriale contre l'utilisation de la force, ou sa capacité de répondre à la menace ou à l'utilisation de la force, quelle soit de source externe, telle qu'une menace militaire, ou de source interne, telle qu'une incitation au renversement violent du gouvernement.

35 Vitit Muthabhorn, "In Search of Human Security", in *The Nation* (Bangkok, 30 juin 1994), à la p. A6, cité dans Karunan, *supra*, note 7, à la p. 3.

> Le concept de "sécurité" apparaît au sein du cadre des relations de pouvoir existant dans la société. Invariablement, il évoque un état de société qui est menacé par un pouvoir interne ou externe nuisible à sa préservation. C'est à l'intérieur d'une telle situation - souvent appelée une "urgence" - que les "lois de sécurité" sont promulguées par des gouvernements. Cependant, ceci peut ne pas être nécessairement la règle dans toutes les situations. Par conséquent, *«les lois de sécurité ... sont normalement classifiées comme législation d'urgence, c-à-d comme législation promulguée de la façon la plus habituelle ou utilisée durant un état d'exception. Mais de telles lois peuvent également être trouvées dans des pays qui n'ont pas d'état d'exception déclaré»* [souligné par l'auteur][36].

Ainsi, pour des raisons pratiques dans plusieurs pays, les Lois de Sécurité Nationale et les Lois sur les mesures d'urgence sont devenues indiscernables. Dans les termes des standards internationaux applicables aux états d'exception, ce phénomène peut être référé à l'"état d'exception *de facto*"[37], la "perpétuation de l'état d'exception"[38], et le "raffinement et l'institutionnalisation de l'état d'exception"[39]. De plus en plus, il est possible de détecter un modèle dans l'utilisation normale de la législation d'urgence. Ceci est décrit par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'état d'urgence de la manière suivante:

> Un tel mauvais usage de la loi qui devient à chaque jour de plus en plus fréquent, même dans les pays avec une tradition démocratique de longue date, est particulièrement sérieux lorsqu'il prend la forme de lois pénales ou de procédures applicables dans des circonstances normales. La sphère la plus commune d'une telle législation [est] la sécurité de l'État ... Un événement particulièrement dérangeant est que ces lois introduisent, dans des circonstances normales, des restrictions sur les droits qui peuvent être suspendus seulement durant des états d'exception formellement déclarés. De plus, la législation ordinaire en question affecte occasionnellement même les droits inaliénables desquels aucune dérogation n'est possible, même dans des circonstances exceptionnelles.[40]

Par conséquent, à cause du chevauchement considérable entre l'application des Lois d'urgence et des Lois de Sécurité Nationale, il est nécessaire d'inclure les deux types de législation dans toute considération de Sécurité Nationale.

---

36 Karunan, supra, note 7, aux pp. 1-2. Voir également K.S. Venkateswaran, *supra*, note 11, à la p. 6.

37 L'état d'exception *de facto* est définit comme l'adoption de mesures exceptionnelles sans aucune proclamation préalable d'un état d'urgence ou l'adoption de mesures extrêmes après la fin officielle de l'état d'exception. Ce type de violation est plus fréquent dans les pays asiatiques où la tradition juridique britannique existe. Dans ces pays, la domination d'origine coloniale autorise le Pouvoir Exécutif à arrêter et à détenir une personne pendant une période de temps significative sans aucune audience judiciaire et sans la proclamation de l'état d'exception. Voir Leandro Despouy, *supra*, note 5, à la p. 21.

38 La perpétuation de l'état d'exception est le résultat de la continuation de l'état d'exception ou c'est la prorogation constante de l'état d'exception. Cette perpétuation était l'une des violations les plus communes en Amérique Latine durant les années 1970 et 1980. L'exemple le plus illustratif est le cas du Paraguay qui a été sous un état d'urgence sans interruption de 1954 jusqu'à 1988. Voir *Ibid.*

De plus, Basil Fernando identifie les conséquences des longues périodes de Lois sur les mesures d'urgence ou de Lois de Sécurité Nationale: a) perte d'espoir dans l'état de droit; b) augmentation de la perception du public que des formes d'enrichissement grossièrement injustes et l'utilisation de Lois de Sécurité Nationale sont liées; c) de la désillusion, du cynisme et de l'apathie publique. Voir Basil Fernando, "National Security Laws as Social Encephalitis in Asian Societies", in KOHRNET, *supra*, note 5, à la p. 74.

39 Ce type de violation est normalement le résultat de plusieurs facteurs qui se produisent simultanément. Par exemple, il peut y avoir des effets cumulatifs comme la perpétuation de l'état d'exception, le manque de proportionnalité entre les mesures adoptées et la gravité de la crise, des irrégularités dans la loi nationale, et des restrictions aux droits de la personne qui ne sont pas destinées à protéger la nation mais à persécuter les opposants politiques. Le mot "raffinement" est utilisé pour désigner la complexité de ce type de régime d'exception. Par exemple, durant la dictature militaire au Brésil, il y a eu plus de 100 lois d'état d'exception avec un niveau d'autorité supérieur à celui de la Constitution. De la même manière, les plébiscites pour modifier la Constitution organisés aux Philippines par l'ancien Président Marcos et au Chili par le Général Pinochet visaient à institutionnaliser les états d'exception. En d'autres mots, dans ce cas, le but de ces actions était de gagner la reconnaissance du pouvoir exécutif pour limiter l'exercice des droits de la personne par le peuple. Voir Leandro Despouy, *supra*, note 5, aux pp. 21-22.

40 *Ibid.*, à la p. 23 se citant lui-même, Septième rapport du Rapporteur spécial sur la question des états d'exception (E/CN.4/Sub.2/1994/23, para. 39-41). De plus, il recommande que "pour considérer ce problème en profondeur, le Rapporteur spécial fait appel en particulier au Groupe de travail sur la détention arbitraire et aux différents rapporteurs thématiques, spécialement le Rapporteur spécial sur la liberté d'opinion et d'expression et au Rapporteur spécial sur la xénophobie".

III. LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE ET IMPUNITÉ

La mise en application de mesures d'urgence sous la législation ordinaire, sans recours à une déclaration formelle d'état d'exception, est une méthode pour éviter la critique et la responsabilité internationale. La raison principale pour laquelle des mesures d'urgence sont en train d'être promulguées comme législation normale est que l'état d'exception est une institution de droit international reconnue qui a une certaine mesure de contrôle international. Par conséquent, la "nouvelle génération" de techniques qui cachent la substance des mesures d'urgence et qui violent les droits humains protégés internationalement est accomplie entièrement à l'extérieur du cadre de contrôle anticipé par le droit international[41]. "En plus de rendre les déclarations d'états d'exception inutiles, cette nouvelle approche rend plus difficile l'établissement d'une violation *prima facie* des droits internationaux de la personne sur la base de l'arbitraire ou du systématique".[42]

En prenant ces mesures à l'extérieur des contraintes des états d'exception déclarés et des dérogations aux droits spécifiquement déclarées, les gouvernements commencent avec une présomption de légitimité au lieu d'une présomption de suspension temporaire ou limitée de certaines obligations internationales. "Ne saurait-ce que pour rien d'autre, les gouvernements qui utilisent ces techniques se trouvent eux-mêmes dans une meilleure position juridique, politique et psychologique pour défendre ou atténuer leurs violations en n'ayant plus à défendre le principe qui est en jeu, au lieu, les gouvernements doivent seulement défendre les modalités de mise en application".[43] Cette pratique a pour effet de créer une marge d'impunité pour que l'État viole systématiquement les droits de la personne. Comme les normes juridiques nationales et les règlements administratifs échappent aux contrôles internationaux, ceci "donne lieu à l'opportunité d'enfreindre des droits non-dérogeables en fournissant une *couleur de droit* ou *colorature légale* pour ceux qui commettent de telles violations. Le résultat est que de tel violateurs doivent fréquemment éluder la loi en bénéficiant de l'impunité *de facto* ou *de jure* sous le droit national".[44]

De plus, l'absence de mécanismes internationaux effectifs pour combattre l'impunité renforce l'impunité nationale et réduit la dissuasion internationale. Puisque l'unique mécanisme d'application disponible semble être une combinaison de pression politique internationale et d'embarras causé par les efforts diplomatiques, l'action du gouvernement, les organisations non gouvernementales et les médias, les gouvernements responsables ont modifié leurs stratégies passant d'un centre d'intérêt où l'on cherchait à mettre une entrave aux violations des droits humains à des techniques de relations publiques destinées à éviter l'exposition publique: Ces manoeuvres de relations publiques, en même temps que les techniques juridiques sophistiquées qui les accompagnent, permettent aux violateurs de ne pas faire l'objet de poursuites et de rester impunis.[45]

---

41 L'utilisation de ces techniques législatives n'est certainement pas unique dans l'histoire des abus de droit, mais ce qui est un phénomène nouveau c'est l'utilisation délibérée de ces techniques par les gouvernements comme moyens d'éviter le passage d'une législation déclarant un état d'exception, lequel dans le fond les forceraient à se plier au régime réglementaire du Pacte. Cette tactique minimise les effets des mécanismes de contrôle international, tels que ceux prévus par le Pacte et le Protocole facultatif. Voir Bassiouni, *supra*, note 33, à la p. 131.

42 *Ibid.*, à la p. 132.

43 *Ibid.*, à la p. 133.

44 L'impunité *de facto* se produit quand ceux qui commettent les actes en question sont en pratique isolés de l'opération normale du système juridique. Des exemples de ces dysfonctionnements comprennent l'attitude passive des enquêteurs, procureurs et juges. L'impunité *de jure* se produit lorsque la législature prévoit des exemptions à la responsabilité juridique pour des actes commis dans un contexte particulier. Cette impunité légalisée comprend les mesures de clémence, la prescription et l'autorisation de circonstances atténuantes durant la phase du procès. Voir "Rapport intérimaire établi par M. Guissé et M. Joinet sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme, conformément à la résolution 1992/23 de la Sous-Commission", Sous-Commission sur la prévention et la discrimination ... (E/CN.4/Sub.2/1993/6), tel que cité in *Ibid.*, à la p. 130.

45 *Ibid.*, Bassiouni continue: "En effet, les gouvernements ont accès aux services d'excellents juristes qui sont capables de produire des instruments juridiques qui atteignent les objectifs politiques désirés tout en éliminant ou minimisant l'apparence ou l'insinuation de violations du droit international des droits de la personne, même lorsqu'ils produisent exactement de tels résultats".

Ces problèmes pour rendre les États responsables pour leur utilisation des Lois de Sécurité Nationale au plan international sont aggravées par le fait que la plupart des Lois de Sécurité Nationale donnent des immunités générales aux acteurs étatiques au plan national. Les forces de police, de sécurité ou militaires qui agissent sous les auspices des Lois de Sécurité Nationale sont libres de toutes garanties procédurales et substantives relatives aux droits de la personne. Les Lois de Sécurité Nationale peuvent créer un cadre juridique pour que les forces de sécurité "tirent en premier lieu et posent des questions après". Il s'agit là du cadre par lequel les pires violations des droits de la personne - les meurtres, les disparitions, la torture, l'emprisonnement - se voient donner un tampon de légitimité juridique.

La Sécurité Nationale en Asie

I. CARACTÉRISTIQUES DES LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE EN ASIE

Quel que soit le nom ou le titre par lequel les Lois de Sécurité Nationale sont connues dans les pays asiatiques, elles partagent toutes des caractéristiques communes, les plus saillantes comprennent:

(a) des pouvoirs étendus d'arrestation, d'interrogation et d'intimidation sans ressort à des procédures judiciaires;

(b) de larges pouvoirs de détention sans mise en accusation ou procès exercés par l'exécutif;

(c) des dispositions formelles pour la restriction du déplacement, à la fois individuel et collectif - tels que des couvres-feu, des résidences surveillées et l'exile interne;

(d) des dispositions pour des punitions sévères - y compris la peine de mort pour des infractions vaguement définies de terrorisme et autres actes politiquement motivés;

(e) des dispositions de tribunaux spéciaux avec des procédures spéciales qui ne contiennent pas les garanties traditionnelles disponibles au défendeur sous le droit pénal ordinaire;

(f) des dispositions pour l'indemnisation des membres des forces de sécurité étatiques contre les actions juridiques pour l'exercice illégal des pouvoirs sous ces lois.[46]

Ces caractéristiques sont assez similaires aux caractéristiques des Lois de Sécurité Nationale que l'on retrouve dans d'autres pays et régions. Cependant, il est important de noter que la portée, ainsi que le degré d'institutionnalisation, de ces Lois de Sécurité Nationale sont plus importants que la norme.

II. VUE D'ENSEMBLE DES LOIS DE SÉCURITÉ NATIONALE EN ASIE

Le problème des Lois de Sécurité Nationale est particulièrement grave en Asie pour un nombre de raisons. Premièrement, l'interaction des facteurs économiques, sociaux, historiques et idéologiques dans cette région donne lieu à des circonstances complexes qui sont fréquemment

46 *Ibid.*, aux pp. 16-18, citant K.S. Venkateshwaran, *supra*, note 11, à la p. 7. Pour les modèles et les caractéristiques des Lois de Sécurité Nationale asiatiques, voir également Park Hong-kyu, "Human Rights Violations and National Security Ideology", in KOHRNET, *supra*, note 5, aux pp. 134-136.

rationalisées comme exceptionnelles. Par exemple, des événements comme la crise monétaire de la fin de 1997 peuvent être utilisés comme justification pour des mesures exceptionnelles pour soutenir la stabilité politique et économique. Deuxièmement, au cours des dernières années, plusieurs gouvernements asiatiques ont sérieusement commencé à questionner les fondements culturels du système international des droits de la personne et la légitimité des standards internationaux des droits de la personne comme une mesure de leur comportement. Plusieurs porte-paroles gouvernementaux très en vue soutiennent qu'il y a une "manière asiatique" particulière en matière de droits de la personne qui est distincte des notions occidentales des droits de la personne.

D'une part, des préoccupations plausibles et pénétrantes alimentent le "syndrome de sécurité" asiatique; alors que, d'autre part, un défi systématique à l'application universelle des droits de la personne est mis en place. Dans cette région, par conséquent, il n'est pas surprenant que l'équilibre entre la sécurité nationale et la sécurité humaine commence à s'éloigner de l'équilibre établit par les standards internationaux. Les Lois de Sécurité Nationale dans cette région faussent la réalité de tout état de droit international. De plus, les effets spécifiques de l'application des Lois de Sécurité Nationale en Asie ne sont pas uniquement que des préoccupations philosophiques ou judiciaires: au plan humain, les Lois de Sécurité Nationale sont un véhicule pour l'oppression systématique et des cas extrêmes de souffrances[47].

Suivant un modèle presque universel, le développement de la Doctrine de la Sécurité Nationale en Asie est apparue avec le développement de l'État-nation[48]. Le développement de cette forme particulière d'organisation sociale - qui tend à engendrer des préoccupations de sécurité nationale - a eu lieu au sein du contexte colonial alors que les dirigeants étrangers transplantaient des instruments juridiques tels que des Lois de Sécurité Nationale pour justifier des contrôles internes stricts[49]. Cependant, ces dirigeants étrangers ont opportunément négligé de transplanter les instruments juridiques et politiques - tels que l'inébranlable protection constitutionnelle des droits de la personne et de l'indépendance judiciaire - qui sont nécessaires pour limiter les Lois de Sécurité Nationale.

Néanmoins, une fois l'indépendance politique des États asiatiques réalisée, l'héritage de sécurité nationale a été perpétué. Les gouvernements asiatiques ont découvert que la législation de sécurité nationale était une condition essentielle pour la préservation des droits territoriaux et la compétence de l'État-nation qui avait été héritée du colonialisme. Ainsi, "depuis l'indépendance ... la sécurité nationale a été incorporée au sein du cadre juridique national afin de servir les besoins de l'État de se défendre lui-même de ses ennemis"[50]. De plus, "la sécurité nationale remplissait d'importants buts politiques pour les élites dirigeantes après qu'elles ont conquis leur indépendance des pays colonisateurs: elle a fournit la base idéologique pour justifier leur domination et stimuler les sentiments nationalistes de l'élite; et, qui plus est, la sécurité nationale était un outil efficace pour résister aux menaces externes ou internes au nouveau *statu quo* autochtone, assurant ainsi la préservation de "l'élite" et de l'État-nation "de haut en bas"[51].

---

47 Pour une description de l'utilisation de Lois de Sécurité Nationale dans différents pays asiatiques, voir Karunan, *supra*, note 7.

48 Pour le modèle du développement des Lois de Sécurité Nationale asiatiques, voir *Ibid.*, aux pp. 131-133.

49 Basil Fernando soutient que "le concept de sécurité nationale en Asie a besoin d'être compris contre la toile de fond de l'évolution de l'État-Nation. L'État dans la plupart des pays d'Asie a émergé de la domination coloniale en tant que "phénomène externe" qui a été imposé sur les formations sociales traditionnelles qui prévalaient. Dans ce sens, ce que l'on appelait "l'état nation moderne" pouvait devenir une réalité seulement en tant que processus "de haut en bas" de la réorganisation de la société (construction de la nation) - un processus que l'élite nationaliste appelait "indépendance" et "souveraineté" vis-à-vis la domination étrangère". Voir Basil Fernando, *supra*, note 38.

50 Karunan, *supra*, note 7, aux pp. 2-3.

51 Basil Fernando, *supra*, note 38.

De cette manière, comme la sécurité nationale est venue à constituer le fondement sur lequel les États de cette région se défendent eux-mêmes des menaces politiques, la Doctrine de la Sécurité Nationale a fournit "un prétexte commode" aux gouvernements asiatiques pour limiter les droits de la personne: "dans cette situation, n'importe quel citoyen souscrivant à certaines aspirations, accomplissant certains actes ou même adoptant un certain style de vie qui est contraire à la perception étatique de la "vie normale" est considéré comme un "subversif", une "menace à la sécurité" dont on peut se passer, à qui la liberté doit être étouffée pour l'intérêt de la sécurité nationale"[52]. Les gouvernements asiatiques ont pris des considérations de sécurité nationale juste au-delà des menaces d'oppositions armées et de subversion interne - la sécurité nationale a été appliquée contre les partis d'opposition, les intellectuels, les professionnels de la classe moyenne afin de protéger et de sauvegarder le développement économique et les politiques autoritaires. De façon alarmante, "le peuple qui soutient simplement la démocratie ou la réforme des structures sociales corrompues et le peuple qui rêve d'un futur différent de celui de ceux qui sont au pouvoir, sont considérés comme "l'ennemi" mettant en danger la sécurité de la nation"[53].

Dans la période après la Guerre froide, comme le conflit idéologique et la course aux armements entre les États capitalistes et socialistes ont diminué, l'on aurait peut-être pu s'attendre à ce que l'importance de la doctrine de la sécurité nationale se soit apaisée et que la persécution paranoïaque de la dissension interne se soit assouplie. Cependant, il semble que cela n'a pas été le cas. Présentement, il semble que la sécurité nationale est en train d'être redéfinie dans des termes du maintien de la compétitivité des économies au lieu de la préservation de l'intégrité territoriale:

> À la suite de la Guerre froide ... le concept de la sécurité nationale a été élargi pour couvrir des domaines de la vie civile au-delà des politiques et du syndrome capitalisme-communisme. Avec la globalisation du système du marché et de la libéralisation des échanges ... la sécurité nationale a été utilisée pour créer les conditions pour la globalisation du système économique à travers l'expansion du capitalisme dans de nouveaux marchés du Sud. Au même moment, dans le Sud, le *statu quo* et les élites dirigeantes ont trouvé dans la sécurité nationale un outil commode pour maintenir leur pouvoir et pour amener le pays vers une croissance économique rapide pour pouvoir suivre la globalisation des échanges et des relations économiques. Par conséquent, nous trouvons que la plupart des États du Sud ont adopté de plus en plus de mesures restrictives fondées sur des considérations de sécurité nationale pour faire taire la dissension et l'opposition politique qui viens entraver de la croissance économique rapide.[54]

La Sécurité Nationale dans cette région, par conséquent, a besoin d'être comprise selon le contexte global[55]. En particulier, la nouvelle orthodoxie globale de la globalisation et de la libéralisation des échanges a inventé de nouvelles formes de justifications de sécurité nationale. Dans cette situation, les impératifs de la sécurité nationale ont bougé bien au-delà de la

---

52 Karunan, *supra*, note 7, aux pp. 2-3. Voir également Kinhide Mushakoji, "From a Region of National Security to a Region of Human Security Societies - From a Japanese Perspective", in KOHRNET, *supra*, note 5, aux pp. 38-45; Victor Karunan, "Human Right Situation in Asia - National Security vs. People's Security" in KOHRNET, *supra*, note 5, aux pp. 57-71; Basil Fernando, *supra*, note 38, aux pp. 72-79; Park Hong-kyu, *supra*, note 46, aux pp. 123-149.

53 Voir Cho Yong Whan, "National Security or Peoples' Security: Suggestions for Human Rights and Against National Security Laws" in KONUCH, *supra*, note 8, à la p. 96, tel que cité dans Karunan, *supra*, note 5, aux pp. 11-12. Au sein de ce scénario de sécurité nationale et de domination militaire de la société civile, la dissension populaire est étouffée et condamnée comme "subversion". L'"ennemi" est parmi et au sein de la population et, par conséquent, les populations deviennent elles-mêmes une "menace à la sécurité nationale".

54 Karunan, *supra*, note 7, aux pp. 3-4, citant M.S. Higginson-Dobbs, *Asia-Pacific - Its Role in the New World Order*, Londres, Mandarin, 1995, à la p. 384.

55 Karunan soutient que nous ne pouvons pas discuter de la sécurité nationale dans la région de l'Asie-Pacifique sans faire référence au rôle des États-Unis. Dans la période de l'après Guerre froide, les intérêts stratégiques des États-Unis ont été redéfinis spécialement par rapport à l'Asie-Pacifique. Pour une discussion des objectifs américains en Asie-Pacifique, voir: Karunan, *supra*, note 5, aux pp. 9-13. Voir également Cho Yong Whan, *supra*, note 53, à la p. 96 et Rene Raya, "Asia-Pacific: The New Arena for Global Contention" in Carmencita Karagdad et Augusto N. Miclat Jr. (eds.), *Beyond the Cold War: Philippine Perspectives on the Emerging World Order*, Manille, n.p., 1992, à la p. 139.

militarisation et des conflits armés, impliquant maintenant une alliance complexe des forces entre l'armée, le gouvernement, l'industrie et la société civile[56]. La pénétration d'impératifs et de fonctions de sécurité nationale dans la société civile a signifié la mobilisation constante du leadership, des institutions, des ressources et des valeurs. Aujourd'hui, la Sécurité Nationale a réussi à dominer tous les aspects de la vie civile et politique de la population[57].

De plus, il est important de comprendre que le développement économique a été subsumé dans le contexte de l'idéologie de la sécurité nationale de la plupart des gouvernements asiatiques. "Pour la sécurité nationale étatique, l'image du développement en est une de compétition parmi les nations, lesquelles essayent toutes d'obtenir les conditions les plus favorables par des moyens de progrès technologiques et de croissance économique. En d'autres mots, le développement est le côté économique de la guerre."[58] De cette perspective, les valeurs de participation ne font pas partie de l'entreprise de développement[59]. Les leaders soutiennent que les asiatiques apprécient l'ordre au changement, la hiérarchie à l'équité, la coopération et le respect mutuel au lieu du conflit entre les élites et les masses. Les asiatiques, il est dit, craignent que trop de démocratie ne sape le "miracle économique de l'Asie de l'Est"[60].

Cependant, devant ce sombre tableau, il est utile de se rappeler que les Lois de Sécurité Nationale et les mesures d'urgence sont les moyens de dernier recours des gouvernements autoritaires qui sont maintenant assaillis malgré leur représentation externe de puissance et de confiance. De telles justifications pour des abus de droits de la personne sont, comme le déclare Jack Donnelly, "au mieux, une excuse à court terme"[61]:

> La répression, les élites autoritaires le savent, n'est pas suffisante. Elles doivent avoir un minimum de légitimité si elles veulent rester au pouvoir. L'effort de projection de la légitimité s'est accéléré au cours des dernières années, avec les élites d'Asie de l'Est qui cherchent à convaincre leur population que les asiatiques ont leurs propres formes particulières de gouvernement, qu'ils ont leur propre conception de la "démocratie" qui, contrairement aux Occidentaux, ne met pas la même emphase sur les droits individuels, la liberté de la presse, la liberté d'assemblée et les garde-fous.[62]

---

56 Voir Karunan, *supra*, note 7, aux pp. 14-16; José W. Diokno, *A Nation for our Children*, Manille: n.p., 1987; Churches Commission on International Affairs, World Council of Churches, "Study on Militarization and Disarmament", Genève, WCC, 1978; et Churches Commission on International Affairs, World Council of Churches, "Doctrine of National Security", Genève, WWC, 1981.

57 Karunan, *supra*, note 7, à la p. 9.

58 Karunan soutient qu'au sein du cadre de l'idéologie de sécurité nationale, le développement économique devient simplement un processus par lequel l'État poursuit un modèle économique qui est protégé par un contrôle politique rigoureux et par la puissance militaire. Ce processus prend place dans le contexte d'un modèle de développement déterminé par le marché qui fait la promotion du libre-échange, du consumérisme, de l'orientation à l'exportation et de la privatisation. Les gouvernement de l'ANSEA, en particulier, ont adopté une approche "développementariste" fondée sur la restriction des libertés fondamentales dans le but d'atteindre une croissance économique rapide. Ceci est parfaitement logique au sein de ce cadre - "dans un monde technologiquement développé, n'importe quel handicap laisse supposer un danger sérieux: d'autres nations peuvent être capables d'accumuler plus de pouvoir". Voir Karunan, *supra*, note 7, aux pp. 7-8, citant Church Trends, "The National Security System in Latin America" (n.p., n.d.) à la p. 6.

59 Dans plusieurs cas (Thaïlande, Indonésie, les Philippines et le Myanmar) l'armée assume un rôle dominant dans la société civile - y compris dans les projets de développement. Sous le prétexte de la promotion du développement économique, l'armée impose sa volonté sur les populations vulnérables et prend le contrôle des ressources, de la vie civile et politique et de l'administration civique. L'armée croit souvent qu'elle est l'unique institution moderne et utile capable de géré la croissance économique rapide et la stabilité. Voir Karunan, *supra*, note 5, à la p. 9.

60 Walden Bello, "The Challenge to the Democratic Movement in Asia" in Karunan, *supra*, note 5, à la p. v. Pour une discussion sur la position avancée par les gouvernements asiatiques que les droits et le développement sont des options politiques mutuellement exclusives, voir Daniel A. Bell, "The East Asian Challenge to Human Rights: Reflections on an East West Dialogue", (1996) 18/3 *Human Rights Quarterly* 641, aux pp. 644-650. Voir également Jaran Cossananund, "The Authoritarian Culture, National Security Law and the Asian Way of Human Rights - Thailand at a Cross Road", in KOHRNET, *supra*, note 5, aux pp. 155-171.

61 Jack Donnelly, *Human Rights and Asian Values* 15 (juin 1995) (manuscrit non publié présenté à l'atelier de Hakone, copie entre les mains de l'auteur), tel que cité dans Bell, *supra*, note 60, à la p. 649.

62 Walden Bello, *supra*, note 60, à la p. v.

Cependant, essayer de saper l'universalité sur la base de la sécurité nationale est peu convaincant. Le défi asiatique aux droits de la personne est fondé partiellement sur la revendication qu'un droit doit être temporairement entravé afin de faire face à un malheureux jeu de circonstances sociales et économiques précises. Cependant, ceci implique que lorsque la crise perçue est terminée, alors le déni des droits n'est plus justifié. "Ce point de vue n'est pas en premier lieu un "choc culturel" sur les droits de la personne, alors que le gouvernement et les activistes des droits de la personne partagent un jeu commun d'aspirations morales et politiques comme but ultime".[63]

63 Bell, *supra*, note 60, à la p. 643.

Contraindre la sécurité nationale par le droit international

> Le droit contraint ou c'est une farce de l'appeler droit. Le droit entre fermement dans la bonne volonté de ses sujets ou c'est une farce de l'appeler droit. Le droit transcende le pouvoir des puissants et transforme la situation des faibles ou c'est une farce de l'appeler droit. Un système juridique qui fait sont possible pour comprendre le sens logique du meurtre, du vol, de l'exploitation, de l'oppression, de l'abus de pouvoir et de l'injustice perpétués par les autorités publiques dans l'intérêt public, est une perversion d'un système juridique.[64]

Jusqu'à ce point, le problème général de la sécurité nationale a été examiné d'un point de vue théorique. Les Lois de Sécurité Nationale sont utilisées comme moyen pour préserver la souveraineté, particulièrement par la suppression de la dissension interne. Ceci est un affront aux définitions légitimes de la souveraineté alors qu'il ignore le fait que le bien-être de la nation découle de son peuple. En d'autres mots, une compréhension de la nature inhérente de la souveraineté populaire et des droits de la personne devrait, par elle-même, suggérer des limites à l'application des Lois de Sécurité Nationale contre la dissension interne.

Cependant, tel qu'il est compris, ceux qui sont dans des positions de pouvoir auront souvent une vision différente des limites de la souveraineté, il est important de passer outre les contraintes théoriques contestables et d'entrer dans le domaine des contraintes juridiques obligatoires. Par conséquent, il est nécessaire de rendre plus explicite le rôle du droit international des droits de la personne comme contrepoids à des notions de sécurité nationale. Le point essentiel est que si la sécurité humaine est pour remplacer la sécurité nationale d'une manière significative et pratique, les Lois de Sécurité Nationale doivent être contraintes par le droit aux plans national, régional et international. En l'absence de garanties constitutionnelles spécifiques contre l'abus des Lois de Sécurité Nationale, nous nous tournerons vers le droit international pour décrire les standards qui limitent l'application de telles lois dangereuses.

Actuellement, en droit international, "l'État d'exception n'est plus dominé par des décisions arbitraires mais est en train de devenir une authentique institution de l'État de droit"[65]. Non seulement il y a les standards spécifiques et obligatoires des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et les chartes régionales relatives aux droits de la personne, mais il y a également les contributions progressives de la jurisprudence internationale et nationale, le Rapporteur spécial des N.U. et les pratiques nationales exemplaires qui facilitent le développement du droit dans ce domaine. Par conséquent, bien qu'il est important de distinguer quelles dispositions légales sont spécifiquement obligatoires pour un État sur la base de son consentement, il est tout aussi important de reconnaître qu'il y a certains standards généraux et principes de droit international qui sont applicables en toutes circonstances.

64 Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, New York, University Press, 1990, à la p. xvii.

65 Leandro Despouy, *supra*, note 5, à la p. 18.

En raison du fait qu'il est une institution juridique, l'État d'exception doit se conformer à certaines règles et principes qui peuvent faire l'objet d'une surveillance par la supervision nationale et internationale. Au plan national, le Parlement et le pouvoir judiciaire sont actuellement autorisés à superviser la mise en application de ces mesures alors que, au plan international, la supervision est exercée par le Rapporteur spécial, le Comité des droits de l'homme des N.U. et les autres organisations régionales appropriées[66].

Toute discussion sur le droit international des droits de la personne doit commencer avec la création des Nations Unies et la proclamation de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. D'une part, les Nations Unies institutionnalisent les normes de sécurité collective, de relations pacifiques et de non-intervention qui devraient être comprises comme déplaçant, au moins dans une certaine mesure, les peurs de menaces externes qui sous-tendent les Lois de Sécurité Nationale. D'autre part, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* incorpore des principes importants de souveraineté populaire, de sécurité humaine et de constitutionnalisme national qui, ensemble, fournissent un cadre conceptuel pour faire contrepoids au mauvais usage des Lois de Sécurité Nationale contre les menaces internes.

Avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et les nombreux pactes internationaux subséquents, les droits humains ont pris forme en tant que droit international obligatoire applicable à tous les gouvernements. Une analyse du droit international des droits de la personne renforce notre point central selon lequel il y a des limites importantes à la sécurité nationale. Cependant, la reconnaissance que les droits humains sont universellement applicables ne signifie pas qu'ils sont sans bornes non plus: le droit international des droits de la personne prévoit explicitement la limitation, et même la dérogation aux droits de la personne, à condition que ces limitations et dérogations remplissent certaines conditions. Par conséquent, pour comprendre l'équilibre entre les droits humains et la sécurité nationale nous examinerons maintenant ces conditions du droit international.

Comme nous l'avons vu, les Lois de Sécurité Nationale prennent deux formes législatives, étant promulguées soit par la législation normale, soit par la législation d'urgence. En termes de limitations des droits humains en termes de législation normale, les normes juridiques internationales suivent l'article 29(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qui prévoit que:

> Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

Par conséquent, bien que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ne traite pas explicitement l'État d'exception[67], les Lois de Sécurité Nationale ordinaires devraient encore être une justification requise pour une violation aux droits des individus devraient faire référence à sa nécessité par égard pour la moralité, l'ordre public ou le bien-être général. De plus, dans ce contexte, l'idée d'une société démocratique ne devrait pas être comprise comme faisant allusion à une forme précise de gouvernement démocratique; elle renvoit plutôt à une notion plus générale de souveraineté populaire qui suggère certaines limites au concept de sécurité nationale. Finalement,

66 *Ibid.*

67 Comme l'indique le Rapport de la réunion d'experts: "La protection de ces droits sous la Convention de Genève a peut-être contribué à l'opinion selon laquelle il n'était pas nécessaire d'aborder dans la *Déclaration universelle* l'impact des situations d'urgences sur les droits humains". "Report of Meeting of Experts", *supra*, note 6, à la p. 28.

le principe selon lequel les limitations doivent être déterminées par la loi est crucial puisqu'il injecte une mesure de responsabilité publique dans la sécurité nationale à travers le processus de révision judiciaire[68].

En termes de dérogation durant des états d'exception et pour les Lois sur les mesures d'urgence qui sont promulguées dans la forme de législation ordinaire[69], l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit que:

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

Puisque, dans une certaine mesure, la dérogation est antithétique à la prémisse générale de l'universalité des droits humains, la portée et les limites à la dérogation sont importantes. Dans la section qui suit nous examinerons les critères que le Comité des droits de l'homme des N.U. (établit par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*) et le Rapporteur spécial de la Sous-Commission considèrent comme les conditions de base qu'un État d'exception doit rencontrer afin d'éviter d'adopter des mesures qui auront un impact négatif sur les droits humains.

Le Rapporteur spécial, Leandro Despouy, fournit un résumé précis des principes fondamentaux qui déterminent la légalité des dérogations aux droits humains en droit international. Plusieurs de ces principes peuvent être directement dérivés de l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi que des tentatives de codification des normes internationales dans les Principes de Siracuse sur les dispositions de limitation et de dérogation dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[70], les Standards minima de Paris sur les normes des droits humains dans un état d'exception[71] et les Principes de Johannesbourg sur la

68 La révision judiciaire implique que les droits et l'accès aux tribunaux sont nécessaires afin d'assurer qu'une situation d'urgence serve à préserver l'état de droit plutôt que de le saper et pour sauvegarder la forme démocratique de la société. Ces considérations, qui ont compté beaucoup dans les opinions de la Cour interaméricaine, examinées ci-dessous dans le texte accompagnant la note 94, sont également valides pour le droit international des droits de la personne. Les mesures de dérogation qui affaiblissent le rôle des tribunaux en interférant avec leur indépendance, en restreignant leur accès ou en diluant les droits procéduraux qui sont essentiels pour assurer des procédures équitables, sont incompatibles avec les exigences d'une société démocratique qui sont sauvegardées par l'article 29(2). De plus, le principe selon lequel les mesures d'urgence ne peuvent saper la démocratie et la séparation des pouvoirs est également un argument persuasif en faveur de la proposition, endossée par plusieurs réunions d'experts internationaux sur la dérogation et par la déclaration de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe, selon laquelle les mesures de dérogation ne devraient pas empiéter sur le rôle essentiel de la législature.

69 Pour la distinction quelquefois insignifiante entre les Lois de Sécurité Nationale et les Lois d'urgence, voir le texte ci-dessus, accompagnant la note 36.

70 Les Principes de Siracuse ont été adoptés en mai 1984 par un groupe d'experts convoqués par la Commission Internationale des Juristes, l'Association internationale de droit pénal, l'Association américaine pour la Commission Internationale des Juristes, l'Institut Urban Morgan pour les droits de la personne et l'Institut international des hautes études en sciences criminelles.

71 Les Standards minima de Paris ont été adoptés en avril 1948 par un groupe d'expert sous les auspices de l'Association de droit international.

sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information[72]. Cependant, l'interprétation de ces critères est en cours et les normes gouvernant les états d'urgence sont en train d'être progressivement développées. Par conséquent, lorsque approprié, nous compléterons le synopsis du Rapporteur spécial avec des détails additionnels provenant d'autres sources du droit international. Les principes pertinents sont:

I. LE PRINCIPE DE LA PROCLAMATION OFFICIELLE

Cette obligation implique que le peuple doit être informé qu'un État d'exception a été proclamé et doit être au courant des types de limitations qui ont été imposées sur leurs droits. L'obligation de déclarer officiellement un État d'exception, y compris l'obligation d'informer complètement les citoyens, est destinée à éviter des états d'exception *de facto*. Au même moment, la proclamation d'un État d'exception est une opportunité pour vérifier que l'autorité faisant une telle proclamation a le droit de le faire. Sans doute, la nécessité de proclamer une situation d'urgence injecte une mesure de responsabilité alors que l'État sera forcé de justifier ses actions à ses citoyens.

II. LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ

Ce principe exige que l'État d'exception soit déclaré et appliqué conformément aux règles nationales et internationales qui le réglemente. Au plan national, les règles juridiques comprennent la Constitution, les lois et la jurisprudence de chaque pays. Au plan international, les règles juridiques comprennent les traités[73] et la jurisprudence des organisations internationales qui protègent les droits humains et, en particulier, les critères établis dans les rapports annuels du Rapporteur spécial de la Sous-Commission, qui font partie du droit international actuel et obligatoire[74].

III. LE PRINCIPE DE NÉCESSITÉ (MENACE EXCEPTIONNELLE)

Ce principe indique que ce ne sont pas toutes les situations qui autorisent ou permettent la déclaration d'un État d'exception. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme* et la *Convention américaine des droits de l'homm* contiennent la condition similaire selon laquelle la circonstance invoquée en tant que justification des mesures d'urgence doit être très sérieuse, constituer une menace imminente à la vie de la nation.

---

72 Les Principes de Johannesburg ont été établis par un panel d'experts organisé par l'ARTICLE 19. Voir Sandra Coliver, "Principles on National Security, Freedom of Expression, and Access to Information", in KOHRNET aux pp. 102-103; et Sandra Coliver, "The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information", in KOHRNET, aux pp. 105-114. Pour une discussion sur l'application de tels standards à la situation de la Corée du Sud, voir Cho Yong-Whan, "Comments on Blanchard and Sandra's Presentations - Results of an International Consultation of Experts", in KOHRNET, aux pp. 115-119.

73 Il est important de notar que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme* contiennent une clause de sauvegarde indiquant que le droit de déroger n'affecte pas les obligations sous les autres instruments ou sous le droit international coutumier.

74 Le mandat du Rapporteur spécial sur la question des États d'exception comprend toutes les nations par le fait qu'elles sont membres des Nations Unies.

Il est nécessaire que la crise soit d'une gravité telle qu'elle mette en danger l'ensemble de la population et représente une menace véritable à la structure et à la vie de la société. L'existence de ce principe a conduit la Cour européenne, la Cour interaméricaine et le Rapporteur spécial àconsidérer comme illégale ou abusive la déclaration d'un État d'exception quand le danger le justifiant est sans fondement, non présent, ou lorsque la crise peut être résolue sans la nécessité d'adopter une mesure aussi extrême qu'un État d'exception[75].

IV. LE PRINCIPE DE TEMPORALITÉ

La nature et le caractère spécial d'un État d'exception signifie qu'il doit y avoir une limite de temps spécifique concernant sa durée. Cette condition est implicite dans le mot "urgence" lui-même. Si ce n'était pas le cas, l'exception deviendrait la règle et la limitation aux droits humains de la population se verrait acquérir un caractère permanent, qu'il soit abusif ou illégal.

V. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention européenne des droits de l'homme* et la *Convention américaine des droits de l'homme* contiennent le principe commun selon lequel les mesures spécifiques prises conformément au danger sont valides uniquement dans la mesure où elles sont strictement requises par les exigences de la situation. Ce principe établit la relation proportionnelle qui doit exister entre la gravité de la crise et le type de mesures adoptées pour la résoudre. Il faut dire que l'existence d'un conflit social ou politique n'autorise pas les gouvernements à imposer des restrictions de toute sorte sur les droits de la population. Dans le cas où les restrictions des droits humains de la population sont justifiables, ces restrictions devraient être appliquées à l'intérieur d'un cadre strict comme le requiert les circonstances de la situation[76]. Sinon, nous seront confrontés à un excès de la part des autorités[77].

---

75 En supposant l'existence d'un danger public qui pose une menace grave et imminente à la vie de la nation, le principe de nécessité est le standard le plus pertinent pour déterminer la légalité, sous le droit international, des mesures d'urgence affectant les droits non classifiés comme non-dérogeables. La décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lawless* fournit encore le test de base de la nécessité pour les mesures d'urgence en Europe et ailleurs. La décision a établi un test en trois parties: les mesures adoptées sont-elles "aptes à contribuer à la solution" d'un problème qui fait partie du danger public qui affecte le pays en question; le problème est-il tel que les mesures normales - c-à-d celles qui seraient compatibles avec les obligations internationales sans dérogation - ne seraient pas inadéquates et, troisièmement, est-ce que d'autres mesures d'urgence ayant un moindre impact sur les droits de la personne seraient capables de résoudre le problème en question. (Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Lawless*, Série B, 1960-1961, p. 131). Le même test a été appliqué dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, dans laquelle la Commission à insisté sur le fait que "l'intensité de la violence n'entraîne pas automatiquement justification au titre de l'article 15. Il doit d'abord y avoir un lien entre les faits caractérisant le danger public et les mesures choisies pour y faire face" (Cour européenne des droits de l'homme, Série B, vol. 23-1, 1976-1978, Affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, p. 119).

Le Comité des droits de l'Homme a adopté un certain nombre de décisions sous le Protocole facultatif qui concernent l'impact du danger public sur les droits humains dans différents pays. Jusqu'à présent, toutefois, la plupart de ses décisions concernent des violations de droits qui ne sont pas dérogeables, des violations qui n'entrent pas à l'intérieur de la portée des mesures adoptées conformément à l'état d'urgence ou des affaires dans lesquelles le Gouvernement a manqué de fournir la preuve d'une menace à la vie de la nation (Voir par exemple No. 45/1979, *Suárez de Guerrero c. Colombie*, et No. 64/1979, *Salgar de Montejo c. Colombie*, dans le Rapport du Comité des droits de l'homme de 1982 (*Document officiels de l'assemblée générale, 37ème session, Supp. No. 40* (A/37/40), respectivement les Annexes XI et XV). Voir en général, "Report of the Meeting of Experts", *supra*, note 6, à la p. 32.

76 Voir, par exemple, l'approche dans la *Loi canadienne sur les mesures d'urgences*, ci-dessous, le texte suivant la note 122.

77 Dans une affaire, la Comité des droits de l'homme a décidé que les mesures prises durant un état d'urgence dont les effets défavorables sur les droits politiques s'étendent au-delà du danger étaient incompatibles avec le Pacte. (No. 34/1978, *Landinelli Silva et autres c. Uruguay*, dans le Rapport du Comité des droits de l'Homme de 1981 (*Documents officiels* ... (A/36/40), XII, para. 8.4)).

Dans le contexte canadien, Atkey déclare que "les expressions variées, et par moments quelque peu vagues, du concept de "sécurité nationale" dans certains textes de lois semblent indiquer la nécessité d'une articulation plus précise de la nature des intérêts qui valent la peine d'être protégés à travers l'utilisation de pouvoirs extraordinaires ... Ce n'est pas un accident si les textes de lois les plus modernes sur la sécurité nationale ont comporté des définitions de plus en plus sophistiquées des intérêts qu'ils cherchent à protéger, et ont généralement cherché à adapter les pouvoirs utilisés pour poursuivre ces intérêts dans une manière qui est proportionnelle aux fins à être atteintes." Il continue à dire que, "[p]lutôt que de continuer l'exercice quelque peu stérile d'essayer de façonner une définition complète de la sécurité nationale, nous devrions réfléchir sur le genre d'intérêts étatiques qu'une société libre et démocratique devrait légitimement poursuivre dans un monde complexe qui a des préoccupations intimement liées à propos d'affaires variant de la défense à la prospérité économique. De plus, nous devrions réfléchir sur l'étendue à laquelle chaque intérêt, ou série d'intérêts, nécessite la violation des droits ou libertés[78].

Atkey va jusqu'à suggérer un spectre analytique de cinq catégories d'intérêts étatiques, chacun desquels méritent une réponse différente en termes de dérogation aux standards des droits humains:

1) Les intérêts concernant la capacité d'un pays de se défendre militairement dans l'éventualité d'une guerre. En essence, la préoccupation au bout de ce spectre est que la guerre, tout en mettant en danger la vie et la propriété des citoyens, peut saper les fondations mêmes de la démocratie et, par conséquent, garantit au gouvernement un large éventail de pouvoirs. En comparaison, les droits civils et politiques prennent considérablement moins d'importance.

2) L'intérêt dans la protection de ses citoyens d'activités terroristes organisées extérieurement - la guerre conduite par des moyens différents, pour ainsi dire.

3) Protéger les citoyens d'activités terroristes organisées au sein de la nation par des groupes terroristes internes. Dans ces cas, l'on fait face à des groupes qui ne sont pas intéressés à jouer selon les règles de la démocratie et qui mettent en danger la vie et la propriété de ceux qui participent dans le processus démocratique paisible.

4) L'intérêt dans la protection du pays contre des activités furtives ou trompeuses destinées à entraver l'effectivité des institutions démocratiques. Cet intérêt est clairement moins urgent et substantiel, un éventail plus limité de mesures destinées à promouvoir la sécurité nationale serait approprié, et l'éventail des affaires ouvertes à la révision judiciaire devraient être assez large. En effet, la ligne entre l'activité secrète basée à l'extérieur destinée à saper les processus démocratiques et les protestations et dissensions légitimes basées internement est inévitablement l'une des plus difficiles à tracer. En conséquence, la ligne a besoin d'une supervision très stricte: à travers l'imposition de contraintes substantives sur l'éventail de l'information à être protégée au nom de la sécurité nationale, et à travers l'examen politique et judiciaire rigoureux des activités de renseignement de sécurité par les agences gouvernementales entreprises au nom de la protection de la sécurité nationale. En essence, la préoccupation à ce point du spectre est de distinguer les tentatives étrangères cherchant à empêcher ... la démocratie de fonctionner, à empêcher des actes domestiques de protestation ou de dissension qui sont une partie légitime de ... la démocratie.[79]

78 Ronald G. Atkey, "Reconciling Freedom of Expression and National Security" (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 38, aux pp. 43-47, tirant parti des idées de la Commission McDonald "Security and the Requirements of Liberal Democracy" in *Freedom and Security under the Law* (Volume 1 du deuxième rapport de la Commission MacDonald) (Ottawa, 1981).

79 Voir C.E.S. Franks (ed.), *Dissent and the State*, Toronto, Oxford University Press, 1989.

5) Le genre d'intérêts que tout État souverain opérant dans une économie politique globale voudra légitimement protéger ... Parce que l'intérêt de l'État dans la protection d'une telle information est dans l'ensemble moins pressant et substantiel que, disons, les secrets militaires en temps de guerre, la force disponible pour la protection de cette information contre les revendications relatives à la liberté d'expression, devrait être proportionnellement plus faible, et le degré de contrôle et de révision politique ou judiciaire considérablement plus élevé.[80]

VI. LE PRINCIPE DE LA NON-DÉROGEABILITÉ DE CERTAINS DROITS INALIÉNABLES DE LA PERSONNE

Bien que les traités internationaux reconnaissent l'autorité de l'État de suspendre, pour une période de temps limitée, l'exercice de certains droits en cas de circonstances exceptionnelles, ces dérogations ne devraient jamais violer certains droits fondamentaux de la personne. Ce principe est extrêmement important puisqu'il établit l'inviolabilité de certains droits de la personne dans tous les moments et dans toutes les situations.

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention européenne des droits de l'homme* et la *Convention américaine des droits de l'homme* partagent un noyau dur commun de droits non-dérogeables qui comprend le droit à la vie, la prohibition de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, l'abolition de l'esclavage et l'interdiction des infractions pénales rétroactives[81]. À cette liste, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ajoute le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, la prohibition de l'emprisonnement pour dette et la liberté de pensée et de religion[82]. Par contraste, la *Convention européenne des droits de l'homme* ajoute le droit de ne pas être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État, en raison d'une infraction pour laquelle un individu a déjà été acquitté ou condamné, par un jugement définitif, conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État (*non bis in idem*), alors que la *Convention américaine des droits de l'homme* ajoute les droits de l'enfant, la protection de la famille, le droit à une nationalité et les droits politiques.

De plus, d'autres traités internationaux contiennent des dispositions spécifiques qui traitent de la dérogeabilité des droit humains en États d'exception. Ceux-ci inclus les *Conventions de Genève sur le droit international humanitaire*[83], la *Convention relative au statut des réfugiés*[84] de 1951, la *Convention* (No. 29) *sur le travail forcé*[85] de 1930, la *Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*[86], la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la *Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé*[87].

(Notes de bas de page 83 à 87 voir la page suivante)

De plus, le développement des normes juridiques internationales concernant la non-dérogeabilité des droits de la personne peut également être trouvé dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, de la Cour européenne et de la cour interaméricaine. Comme l'a examiné A. A. Cançado Trindade, la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice - avec ses antécédents

80 Atkey, *supra*, note 78, aux pp. 50-52.

81 Les juristes qui ont étudié les mesures dérogatoires sont unanimement d'accord sur le fait que, en tant que minimum, les quatre droits non-dérogeables sous le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention européenne des droits de l'homme* et la *Convention américaine des droits de l'homme* sont également non-dérogeables en vertu du droit coutumier. Voir Nicole Questiaux, "Étude sur les implications pour les droits de l'homme des développements récents de situations communes comme états de siège et d'exception" (E/CN.4/Sub.2/1982/15); les Principes de Siracuse; les Standards minima de Paris; les Lignes directrice de Genève et la Déclaration de Turku sur les standards minimaux humanitaires, document de travail de la Sous-Commission sur la prévention de la discrimination et de la protection des minorités (E/CN.4/Sub.2/1991/55).

82 Sous l'article 4(2) du PIDCP, il ne peut y avoir de dérogation au droit à la vie (art. 6), au droit de ne pas être torturé (art. 7), au droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude (art. 8(1) et (2), au droit de ne pas être emprisonné pour non paiement de dette (art. 11), au droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (art.15), au droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (art. 16) et à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18).

de la Cour Permanente de Justice Internationale[88] - contient des éléments qui ont un rapport direct sur la question de la non-dérogeabilité des droits de la personne. De tels éléments se sont centrés sur la question de la cristallisation de la capacité procédurale internationale des individus[89] (parallèlement à l'érosion graduelle de la compétence nationale des États), sur l'accroissement du *corpus juris gentium* et la reconnaissance que les normes relatives aux droits humains ont pénétré le corps du droit international général[90], la prévalence des principes généraux du droit international humanitaire[91]. En plus de tout ceci, un autre élément de grande importance dans la jurisprudence

---

83 Les Conventions de Genève sur le droit international humanitaire abordent le problème de la dérogation du point de vue opposé: plutôt que de classifier les droits selon l'impact que peut avoir une situation d'urgence sur elles, elles reconnaissent des droits qui doivent être protégés durant un type particulier de situation d'urgence, à savoir, les conflits armés, lesquels sont non-dérogeables. Par exemple, l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève protège, "en tout temps et en tout lieu", le droit des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les civils et les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises *hors de combat*, à la vie, à la dignité et la liberté, prohibant le meurtre, les tortures, les traitements humiliants, les prises d'otages et les emprisonnements effectués "sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés". De plus, l'article 12 des premières et deuxièmes Conventions de Genève garantit le droit des malades et des blessés à des soins et à la protection contre la violence et les mauvais traitements, sans discrimination. L'article 27 de la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre prévoit le respect "de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes" et déclare qu'elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation. Sous l'article 76 du Protocole I et les articles 5 et 6 du Protocole II, le droit des femmes à la protection contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout autre forme d'attentat à la pudeur est reconnu. En outre, les Protocoles de Genève (l'un s'applique aux conflits armés internationaux et l'autre aux conflits armés non internationaux) prohibent les punitions collectives, les peines corporelles, la détention des femmes et des hommes ensemble et reconnaissent le droit des personnes accusées d'un crime à la plupart des garanties de procédure judiciaire prévues par le *Pacte international* et les autres traités relatifs aux droits de la personne (article 75 du Protocole I et articles 5 et 6 du Protocole II). De plus, il y a des règles détaillées en matière de protection des droits de l'enfant dans les articles 77 et 78 du Protocole I et dans l'article 4(3) du Protocole II. Voir en général le "Report of Meeting of Experts", *supra*, note 6, à la p. 28.

84 L'article 32(2) dispose que les réfugiés ont le droit de ne pas être expulsés sans une audience "sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent".

85 L'article 2(2) exclut de la portée de la couverture, "tout travail ou service exigé dans les cas de force majeur, c'est-à-dire dans les cas de guerre, de sinistres ou menaces de sinistres tels que des incendies, inondations, famines, tremblements de terre ... et en général toutes circonstances mettant en danger ou risquant de mettre en danger la vie ou les conditions normales d'existence de l'ensemble ou d'une partie de la population".

86 Cette Convention dispose que "aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menaces de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture".

87 Il y a certains standards non-dérogeables concernant les enfants et la famille. Par exemple, la peine de mort contre une personne âgée de moins de 18 ans est prohibée par la *Convention relative aux droits de l'enfant*. De plus, une "protection spéciale" pour les enfants et la famille est reconnue par la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant adoptée par la Ligue des Nations, la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale en 1959 et la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé adoptée par l'Assemblée générale en 1974.

88 Les antécédents importants de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale comprennent l'affaire de la *Compétence des tribunaux de Danzing* (1928) (C.P.J.I., Série B, No. 15, 3 mars 1928, pp. 17-18) qui a été interprétée à l'effet que les traités pouvaient conférer des droits directement aux individus (mis en application par les tribunaux internes). Par conséquent, la CPJI a démystifié la vision traditionnelle qui prévalait à l'époque selon laquelle seuls les États étaient des sujets de droits au plan international, proclamant ainsi l'émergence des individus comme des bénéficiaires directs des normes internationales des droits de la personnes. Une autre importante décision de la CPJI se rapporte à ce qui a été étiqueté comme la "préoccupation internationale", par opposition aux revendications de "compétence nationale" ou du soit-disant "domaine réservé" de l'État. Dans son avis consultatif sur les *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc* (1923) (C.P.J.I., Série B, No. 4, 7 février 1923, p. 24), la CPJI a prévenu que la question de savoir si un problème donné tombe ou non entièrement à l'intérieur de la compétence interne de l'État est "une question essentiellement relative" qui "dépend du développement des relations internationales". La CPJI a ouvert la voie, la CIJ a repris cette question dans son avis consultatif sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (1950) (C.I.J., Recueil 1950, 30 mars 1950, pp. 70-71) soutenant que l'interprétation d'un traité n'était pas une question qui relève essentiellement de la compétence nationale de l'État, mais plutôt une question qui, par sa nature, tombe à l'intérieur de la compétence de la CIJ. Voir A.A. Cançado Trindade, "The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogeable Rights", in Prémont, *supra*, note 6, aux pp. 77-78.

89 La capacité procédurale internationale des individus a été examinée dans les affaires suivantes: *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950); l'affaire de l'Admissibilité *des auditions des pétitionnaires par le Comité sur le Sud-Ouest africain* (1956) et l'affaire du *Droit d'asile* entre la Colombie et le Pérou (1950). Voir Trindade, *supra*, note 88, aux pp. 77-78.

90 Les normes relatives aux droits humains ont été établies sous le droit international coutumier dans les affaires suivantes: l'affaire du *Droit d'asile* entre la Colombie et le Pérou (1950); l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (1969); l'affaire de la *Namibie* (1971); l'affaire du *Sahara occidental* (1975); l'affaire des *Réserves à la Convention contre le génocide* (1951); L'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company* (1970); et l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua en contre celui-ci* (1986). Voir Trindade, *supra*, note 88, aux pp. 78-82.

91 La prévalence des principes généraux du droit international humanitaire a été examinée dans la décision du Comité des droits de l'homme sur le droit à la vie en temps d'exception (Nations Unies, Rapport du Comité des droits de l'homme (*Documents officiels de l'Assemblée générale*, quarantième session, Supplément No. 40 (A/40/40), Annexe VI, para. 1, 2, 4 et 7). De plus, pour une étude générale de la question, voir W.P. Gormley, "The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of Jus Cogens", in B.G. Ramcharan (ed.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, aux pp. 120-159. Le droit humanitaire est également examiné dans l'affaire du *Détroit de Corfu* (1949); l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*; l'affaire sur la *Namibie*; l'affaire *Nicaragua*; et, dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Voir Trindade, *supra*, note 88, aux pp. 82-86.

de la CIJ a été sa construction d'obligation *erga omnes* se rapportant aux droits humains[92]. La détermination du contenu de telles obligations est toujours un processus continu. Il demeure, cependant, significatif que ces points ont été développés par la CIJ en dépit du fait qu'elle est surtout concernée par le règlement des différends interétatiques et que les individus ne se sont pas vus accorder un accès direct à la Cour[93]. En particulier, la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice identifie quatre droits qui sont non-dérogeables en vertu du droit coutumier: l'interdiction de l'esclavage, de la discrimination raciale, de la privation "arbitraire" de la liberté (qui comprend, *a fortiori*, la privation "arbitraire" de la vie), et des traitements inhumains pendant la privation de la liberté.

La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a été particulièrement utile pour clarifier la non-dérogeabilité du droit d'*habeas corpus* et des garanties judiciaires indispensables. Étant essentiel pour la protection du droit à la vie et à l'intégrité physique, lesquels sont non-dérogeables, le droit d'*habeas corpus*, ou son équivalent, devient lui-même non-dérogeable[94]. De plus, la Cour interaméricaine affirme que la légalité de toutes les mesures d'urgence devrait être sujette à la révision judiciaire parce que, l'adoption et la mise en application de mesures qui sont incompatibles avec les obligations internationales des droits de la personne sans révision judiciaire affaibliraient sérieusement l'état de droit et la séparation des pouvoirs, qui sont inséparablement liés à la forme démocratique du gouvernement[95].

---

92 La CIJ a examiné la question de l'existence d'obligations *erga omnes* concernant les droits de la personne dans un certain nombre d'affaires. En commençant en 1947 avec l'affaire du *Détroit de Corfu* et ses avis consultatifs dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain* et dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*, la Cour Internationale de Justice a reconnu que certaines obligations concernant les droits fondamentaux de la personne sont obligatoires pour tous les États. Dans son avis consultatif sur la Namibie, la Cour a déclaré que le déni des droits fondamentaux de la personne constitue une "violation flagrante des buts et des principes de la Charte (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, C.I.J. Recueil 1971, 21 juin 1971, p. 16). De plus, dans l'affaire de la Barcelona Traction, elle a donné deux exemples de droits qui ont ce statut, la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale (*Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*, Arrêt, C.I.J., Recueil 1970, 5 février 1970, p. 32). Enfin, dans l'affaire des otages américains à Téhéran (*Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Arrêt du 24 mai 1980, C.I.J., Recueil 1980, p. 43, para. 91), la Cour a déclaré:

> Le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

Voir Trindade, *supra*, note 88, aux pp. 86-87.

93 Voir en général Trindade, *supra*, note 88, à la p. 88.

94 En 1987, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté deux avis consultatifs qui, avec les décisions mentionnées ci-dessus de la Commission européenne et de la Cour européenne, constituent le point de repère le plus important en droit international des droits de la personne en ce qui concerne la dérogation. Dans son avis consultatif OC-8/87 intitulé "*Habeas corpus* lors de situations d'urgence", la Cour a abordé la question de savoir si un État pouvait déroger au droit de contester la légalité d'une détention, lequel n'est pas expressément mentionné dans la liste des droits non-dérogeables que l'on retrouve à l'article 27(2) de la *Convention américaine*. La Cour a noté que, bien que le but original de l'*habeas corpus* était la protection de la liberté individuelle, un droit qui est sujet à dérogation, il s'est également développé comme le principal instrument juridique pour la protection des prisonniers contre la torture et l'exécution extrajudiciaire (*Ibid.*, para. 30 et 38 à 40). Aucune interprétation de la Convention qui aurait sérieusement affaiblit l'état de droit et la séparation des pouvoirs ne pouvait être autorisée. Par conséquent, la Cour a conclu que les remèdes judiciaires devraient demeurer disponibles non seulement pour la protection des droits qui ne peuvent être dérogés, mais également pour ceux qui *a priori* sont sujet à la dérogation mais n'ont pas encore été dérogés. (*Ibid.*, para. 27) De la même façon, la compétence pour réviser le *vires* du décret d'urgence, ainsi que la proportionnalité, le bien-fondé et les *fides* de l'application des mesures d'urgence à des individus spécifiques doit être maintenue (*Ibid.*, para. 39-40). Dans son avis consultatif OC-9/87 intitulé "Garanties judiciaires durant les situations d'urgence", la Cour fait un pas de plus dans son raisonnement, déclarant que, dans la mesure où les États ont une obligation de faire en sorte que les remèdes judiciaires sont disponibles durant une situation d'urgence, les garanties judiciaires indispensables doivent être respectées "dans l'essentiel" (avis consultatif OC-9/87, para. 29). Voir Daniel O'Donnell, "International Human Rights Standards Concerning Criminal Law and Procedure and Derogation", in Prémont, *supra*, note 6, à la p. 170.

95 Par la suite, le Rapporteur spécial sur le droit à un procès équitable a proposé qu'un projet de protocole au Pacte international relatif aux droits civils et politiques soit préparé afin de reconnaître le statut non-dérogeable de ces droits. (Voir "Droit à un procès équitable: reconnaissance actuelle et mesures pour renforcer cette reconnaissance" (E/CN.4/Sub.2/1994/24), para. 165 et l'annexe I). Le Comité des droits de l'homme a adopté une recommandation s'opposant à la préparation d'un projet de protocole pour ce but, toutefois, parce que cela laisserait simplement entendre que lesdits droits sont dérogeables en vertu du droit existant. (Voir le Rapport du Comité de 1994 (*Documents officiels* ... (A/49/40), vol. I, annexe XI, para. 2). En ce qui concerne le premier, le Comité a déclaré qu'il "est satisfait que les États parties comprennent généralement que le droit d'*habeas corpus* ne devrait pas être limité en cas de situations d'urgence", laissant entendre que le droit de contester la légalité de la détention est non- dérogeable.

En outre, le concept de non-dérogeabilité est renforcé par le droit pénal international, y compris par le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[96], l'établissement des tribunaux pénaux *ad hoc* au Rwanda et en Yougoslavie et le récent mouvement vers la création d'une Cour Criminelle Internationale permanente. Le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité supporte la conclusion selon laquelle il y a un noyau dur de droits humains qui sont non-dérogeables en vertu du droit coutumier qui comprend les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité. Il ne peut y avoir aucune justification pour ces crimes les plus sérieux, comme le souligne un membre de la Commission du Droit International: "Les crimes contre la paix et l'humanité demeurent illicites quelles que soit les circonstances dans lesquelles ils ont été commis"[97].

Nous pouvons voir qu'il y a une vaste matrice de protection des droits fondamentaux de la personne au fur et à mesure que les dispositions des traités sont désignées ou interprétées comme non-dérogeables[98]. Cependant, une question importante demeure en ce qui concerne la dérogation aux traités de protection des droits de la personne qui ne contiennent pas de dispositions de dérogation. Comme nous l'avons vu, il y a des règles de droit international concernant la dérogation qui, dans certaines circonstances, permettraient à un État de prendre des mesures exceptionnelles affectant ses droits humains. Mais y a-t-il une règle de droit international qui permettrait aux États parties aux traités de protection des droits de la personne n'ayant pas de dispositions de dérogation, de déroger à leurs obligations découlant de ces instruments?

Au premier coup d'oeil, il semblerait évident qu'en l'absence d'une disposition autorisant expressément la dérogation, un État partie est inconditionnellement lié par toutes les obligations contenues dans un traité ratifié[99]. Cette conclusion est renforcée par la clause de sauvegarde commune à tous les principaux traités de protection des droits de la personne qui autorisent expressément une dérogation, qui prévoit que les mesures d'urgence autorisées par ces dispositions ne doivent pas être "incompatibles avec les autres obligations découlant du droit international"[100]. Il y a, toutefois, une exception à la règle *pacta sunt servanda* dans le droit international des traités, à savoir, la règle de l'impossibilité. L'article 61(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités stipule:

> Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'applicabilité du traité.

Dans sa forme classique, la règle de l'impossibilité exige une impossibilité matérielle de conformité. Durant une situation d'urgence, des situations peuvent survenir dans lesquelles il est impossible de protéger certains droits. Si, par exemple, les tribunaux ont cessé de fonctionner parce que les palais de justice ont été détruits et les juges tués ou forcés de fuir le pays, il peut être

96 Bien que le projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité n'a pas encore été adopté, il a progressé jusqu'au point où il permis de tirer certaines déductions quant aux droits qui devraient être considérés non-dérogeables parce que les violations seront punissables en vertu du droit international, quel que soit les circonstances de leur commission. Selon ce critère, les droits non-dérogeables comprennent le droit à la vie et à l'intégrité physique, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé et l'interdiction de toute "persécution" fondée sur des motifs raciaux, religieux, politiques ou culturels. Voir Bassiouni, *supra*, note 33, à la p. 133.

97 *Ibid.*

98 Des propositions concernant l'extension du statut non-dérogeable à d'autres droits comprennent: la recommandation de Mme Nicole Questiaux sur l'élargissement de la liste des droits non-dérogeables et qu'un droit ne peut pas être restreint jusqu'au point où il devient non-existant (on ne peut déroger au noyau intangible). Voir E/CN.4/Sub.2/1982/15. Ceci a également été développé lors de la réunion d'experts internationaux convoquée par les Principes de Siracuse, la Déclaration de Turku sur les standards minimaux humanitaires, etc. Voir en général le "Report of Experts", *supra*, note 6, aux pp. 34-35.

99 *Pacta sunt servanda*. Voir l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

100 Voir l'article 4(1) du PIDCP, l'article 15(1) de la Convention européenne et l'article 27(1) de la Convention américaine.

matériellement impossible de respecter le droit à un procès rapide et équitable. La dérogation fixe un seuil plus bas pour l'absolution de la responsabilité d'un État pour non-conformité à un traité que l'impossibilité[101]. Dans ce sens, la dérogation n'est pas nécessaire parce qu'il n'est plus matériellement possible de protéger certains droits humains; elle est nécessaire afin de protéger la nation, ou l'État, ou l'*ordre public*, sans lesquels il ne peut y avoir aucune protection des droits humains. La dérogation est donc préventive, bien que évidemment elle est appropriée seulement si le danger est à la fois grave et imminent[102].

Le Président du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels a suggéré les raisons suivantes pour expliquer pourquoi le *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels* ne contient pas d'article sur la dérogation:

> (1) la nature des droits contenus dans le Pacte et le fait que les cas de dérogation en situations d'urgence au droit, par exemple, à l'alimentation ou au droit à des services médicaux sembleraient naturellement moins fascinants que les cas de dérogation au droit de réunion pacifique ou au droit de vote; (2) l'existence d'une clause générale de limitation dans le Pacte, contrairement à l'approche adoptée dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*; et (3) la nature plus flexible et accommodante des obligations fondamentales contenues à l'article 2(1) du Pacte.[103]

De même, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, les Conventions de l'OIT et la *Convention sur les droits de l'enfant* ne contiennent aucun article sur le droit de dérogation. Une explication similaire a été offerte pour l'absence d'un tel article dans ces instruments, à savoir, que les clauses de limitation sont tellement larges qu'il n'y a pas de nécessité pour une dérogation.

Ainsi, le concept de non-dérogeabilité a connu une évolution visible dans le domaine du droit international des droits de la personne. Pour reprendre l'expression de A.A. Cançado Trindade, cette évolution "est une manifestation de la quête du minimum irréductible et de l'universellement reconnaissable dans la protection de la personne humaine, correspondant au noyau dur commun de quelques droits fondamentaux qui n'admettent aucune dérogation"[104]. Des dispositions clés des traités de droit humanitaire et de protection des droits de la personne, le concept a été davantage renforcé par la pratique et la jurisprudence des organes de contrôle international des droits de la personne, lesquels ont élaboré le concept et lui ont donné plus de précision. De plus, au plan doctrinal, il y a un possible élargissement du noyau dur actuel des droits fondamentaux non-dérogeables qui se dégage d'un sondage comparatif des traités de protection des droits de la personne. "Étant donné l'indivisibilité ou l'interdépendance de tous les droits humains, un tel

---

101 Le type de mesures d'urgence déclarées valides dans les affaires *Lawless* et *Irlande c. Royaume-Uni*, par exemple, n'étaient pas nécessaires dans le sens d'un résultat inévitable de *force majeur*. Les présumés terroristes auraient pu être laissés en liberté. Leur détention n'a été nécessaire seulement que dans le sens de la définition juridique de la nécessité exposée dans l'affaire *Lawless*: apte à surmonter des problèmes spécifiques qui font partie d'une menace grave et imminente à la vie de la nation, pourtant, elles avaient été soigneusement sélectionnée pour avoir un moindre impact sur les droits humains que d'autres alternatives possibles.

102 Cependant, il a été soutenu que les traités de protection des droits de la personne protègent une sorte spéciale ou *ordre public* plutôt que les intérêts réciproques des États. Par conséquent, quelques dispositions des traités de droit international ne conviennent pas pour l'application aux traités de protection des droits de la personne. Il peut y avoir de solides raisons politiques pour interpréter la règle de l'impossibilité d'une manière quelque peu différente de celle appliquée aux traités de protection des droits de la personne, et les dispositions communes des traités sur la dérogation seraient une source appropriée d'éléments qui pourraient être utilisés pour façonner une version spéciale de cette règle. Une interprétation qui interdirait aux États de prendre des mesures exceptionnelles pour répondre à une menace à la nation à moins que cela ne devienne matériellement impossible de protéger les droits de la personne ne serait pas en accord avec l'objet et le but du traité, à savoir, la protection des droits de la personne. La doctrine de la Cour interaméricaine mettant l'accent sur les conséquences des mesures d'urgence sur l'état de droit et la balance des pouvoirs, est particulièrement pertinente à cet égard. Voir le "Report of Experts", *supra*, note 6, à la p. 38.

103 P. Alston et G. Quinn, "The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", (1987) 9/2 *Human Rights Quarterly* 217.

104 Trindade, *supra*, note 88, à la p. 75.

élargissement est épistémologiquement possible en plus de constituer un but extrêmement désirable".[105] De plus, il est très probable que les organes de contrôle international des droits de la personne continueront à étendre l'inaliénabilité à des droits autres que ceux déjà classés comme non-dérogeables sous les traités de protection des droits de la personne respectifs:

> après tout, les droits non-dérogeables et les normes péremptoires sont une réussite claire et nette de la civilisation, alors que la liste des droits et normes reconnus de nos jours comme tels n'est pas définitive: elle est en constante évolution et expansion, comme, dans le contexte actuel, l'on a tiré profit de l'utilisation du droit international afin d'améliorer et de renforcer - jamais pour affaiblir - le degré de protection des droits reconnus.[106]

VII. LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION

Ce principe se rapporte au critère selon lequel les mesures adoptées ou les restrictions "n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale"[107]. En d'autres mots, les mesures de dérogation doivent s'appliquer à tous de manière égale et ne pas être utilisées pour cibler des groupes sociaux précis.

VIII. LE PRINCIPE DE L'AUTORITÉ LÉGITIME

Ce principe se rapporte au critère selon lequel l'objectif de l'État d'exception n'est pas l'établissement ou la perpétuation d'un gouvernement illégal, comme se serait le cas d'un gouvernement raciste ou colonial ou n'importe quel gouvernement établit par un coup d'état.

IX. L'OBLIGATION D'INFORMER LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Finalement, ces gouvernements qui proclament un État d'exception ont l'obligation d'informer le Rapporteur spécial dans tous les cas et, si un pays déclarant un État d'exception a ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il doit informer de Secrétaire général des N.U..[108]

De plus, en vertu de l'article 41 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le Comité des droits de l'homme a le droit de recevoir et d'entendre différentes plaintes provenant des États au sujet du défaut des autres États parties de se conformer aux dispositions de l'article 4, de créer des comités chargés d'étudier de tels problèmes et d'émettre des constatations[109]. De plus, il

105 *Ibid.*, aux pp. 73-74.

106 *Ibid.*, à la p. 75.

107 Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention européenne des droits de l'homme* et la *Convention américaine des droits de l'homme* contiennent des exigences communes en vertu desquelles les mesures d'urgence ne doivent pas discriminer sur certaines bases.

108 L. Despouy, *supra*, note 5, aux pp. 18-20.

109 L'article 28 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* établit un Comité des droits de l'homme à qui les États doivent soumettre des rapports sur les mesures législatives ou autres qu'ils auront arrêtées pour se conformer avec leurs obligations en vertu du Pacte. Cependant, cette autorité est limitée puisque le Comité des droits de l'homme doit avoir le consentement des États impliqués afin d'enquêter et faire des recommandations (art. 41(1)). Par conséquent, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ne contient aucune réelle procédures d'exécution pour forcer la conformité avec l'article 4 autre que l'"importante supposition selon laquelle la publication des conclusions du Comité influencera l'action de l'État et créera des pressions de la part des autres gouvernements et par l'opinion publique pour désister de futures pratiques de violation. L'absence de mécanismes d'exécution internationalement obligatoires pour s'occuper des mesures de l'État qui violent les obligations du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* créée une grande latitude pour les États qui abusent de la prérogative limitée de l'article 4." Voir Bassiouni, supra, note 33, aux pp. 126-127. Voir également John Fitzpatrick, "Protection against Abuse of the Concept of "Emergency"", in Louis Henkin et John Lawrence Hargrove (eds.), *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Washington, The American Society of International Law, 1994.

y a d'autres mécanismes des Nations Unies qui combattent le problème de la dérogation aux instruments des droits de la personne, y compris la Commission des droits de l'homme, la Sous-Commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, le Comité sur la torture et les Rapporteurs spéciaux.

Toutefois, malgré ce nombre de mécanismes internationaux, ces derniers ont été critiqués pour leur inefficacité dans la définition manifeste de critères et de conditions d'exercice des dérogations et dans leur renforcement des mécanismes d'exécution qui pourraient interdire la violation de droits non-dérogeables:

> Les systèmes de contrôle sont presque exclusivement fondés sur les mécanismes fragmentaires que l'on retrouve dans les instruments internationaux individuels. Un tel plan compartimente l'exécution des standards des droits de la personne dans des systèmes séparés fondés sur le contenu. En plus, l'absence d'un système intégré porte avec lui un fardeau de conformité supplémentaire limité uniquement aux États signataires. Clairement, le système fonctionne maintenant seulement sporadiquement et avec des résultats limités. Comme les violations des droits dérogeables et particulièrement non-dérogeables augmentent, et comme les gouvernements développent maintenant des techniques pour éviter les schémas de contrôle limité des Pactes, peu de progrès sera fait pour contrecarrer cette situation par des moyens de contrôle ... des "états d'exception".[110]

Comme les mécanismes d'exécution internationale sont présentement faibles, il est important d'insister sur le fait que toute tentative pour combattre les Lois de Sécurité Nationale au plan international devra être accompagnée d'efforts aux plans régionaux et nationaux. L'on peut espérer que la création d'une Cour Criminelle Internationale contribuera à la capacité de la communauté internationale de superviser les conséquences des Lois de Sécurité Nationale et des Lois sur les mesures d'urgence sur les droits humains. Cependant, le succès de la création d'une telle institution de responsabilité internationale reste à voir.

Au plan régional, les systèmes européens et interaméricains ont réussi à fournir un certain de degré de contrôle des Lois de Sécurité Nationale et des Lois sur les mesures d'urgence. De plus, les Cours européennes et interaméricaines ont contribué à la jurisprudence sur la non-dérogeabilité des droits humains, assistant ainsi au développement progressif des normes juridiques internationales gouvernant les États membres et, éventuellement, la communauté mondiale. Cependant, dans la région Asie-Pacifique, l'absence d'un arrangement régional dans le domaine des droits de la personne a créé un retard de contrôle, d'exécution et de développement de normes régionales. C'est dans ce contexte que nous devons comprendre l'importance des récents ateliers parrainés par les N.U. sur la création d'un arrangement régional pour l'Asie-Pacifique. Bien qu'aucun plan spécifique pour le développement d'institutions n'est vu le jour, le fait que des discussions ont été maintenues au cours de cette décennie est encourageant.

De plus, dans l'intérim, la coopération régionale sur la question des Lois de Sécurité Nationale peut apparaître entre les Institutions Nationales des Droits de la Personne. De telles institutions sont idéalement faites pour cette tâche à cause de leur expertise juridique spéciale au plan national et de leur capacité de s'unir avec les acteurs de la société civile. Bien que, théoriquement, ces institutions sont faites pour réviser les Lois de Sécurité Nationale et pour recommander des modifications en conformité avec les standards internationaux, c'est difficile de savoir si elles se verrons accorder le mandat nécessaire, l'indépendance politique et financière et la structure opérationnelle pour accomplir ces tâches.

---

110 Bassiouni, *supra*, note 33.

Contrôle national des Lois de Sécurité Nationale

Le contrôle national des Lois de Sécurité Nationale dépend dans une large mesure de l'existence d'une protection constitutionnelle des droits humains bien établie. De plus, ceci requiert un certain activisme en termes de révision judiciaire. En essence, le climat politique doit être tel qu'il est admis que les tribunaux sont plus forts que l'armée et la police. Bien sûr, il y a d'autres possibilités pour la protection nationale des droits humains à travers les institutions nationales des droits de la personne; toutefois, l'expérience montre que le succès de telles institutions est largement dépendant de la puissance du système des tribunaux nationaux[111].

I. L'EXEMPLE CANADIEN

Pour davantage explorer les possibilités de contrôle national des Lois de Sécurité Nationale, nous nous tournerons maintenant vers l'exemple fourni par l'expérience canadienne[112]. D'une part, une analyse comparative de l'interaction entre les intérêts de sécurité nationale et la protection constitutionnelle des droits de la personne au Canada peut sembler être légèrement hors de propos avec la lutte contre les Lois de Sécurité Nationale en Asie; toutefois, d'autre part, une analyse comparative peut nous indiquer la nature universelle aussi bien des intérêts de sécurité nationale que des préoccupations en matière de droits de la personne. Le but d'une analyse comparative, par conséquent, est d'attirer l'attention sur la possibilité qu'un équilibre différent entre la sécurité nationale et les droits humains peut être établi en droit. Au fur et à mesure que nous passons en revue les dispositions spécifiques de la *Loi canadienne sur les mesures d'urgence* à l'intérieur du contexte plus large de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous arriverons peut-être à comprendre une autre option pour la législation sur la sécurité nationale.

Comme nous l'avons mentionné, une considération primaire en ce qui concerne le contrôle des Lois de Sécurité Nationale sera la force de la protection constitutionnelle des droits humains. Au Canada, depuis 1985, la *Charte canadienne des droits et libertés* a été figée dans la Constitution.

---

111 En Asie, regardez la faiblesse des institutions nationales des droits de la personne spécialement en fonction de leur mandat d'enquête en matière de droits humains par des agents de l'État.

112 Dans le contexte canadien, voir Peter W. Hogg, "Section One of the Canadien Charter of Rights and Freedoms", in A. de Mestral et al., *The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, aux pp. 3-21. Pour d'autres exemples internationaux, voir Francis G. Jacobs, "The "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights", in de Mestral à la p. 21; Luzius Wildhaber, "Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law", in de Mestral à la p. 41; Karl Joseph Partsch, "The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights", in de Mestral à la p. 63; C. Edwin Baker, "Limitations on Basic Human Rights - A View from the United States" in de Mestral à la p. 75; Albert Bleckmann et Michael Bothe, "General Report on the Theory of Limitations on Human Rights", in de Mestral à la p. 105.

L'article 1er de la *Charte* prévoit que "les droits qui y sont énoncés ... ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Par conséquent, l'article 1 montre clairement que les droits ne sont pas absolus - ils ne peuvent être restreints que "dans des limites qui soient raisonnables et dont la justificarion puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Cependant, le processus de révision des limitations du gouvernement fournit une certaine mesure de protection qui est utile de comprendre. Depuis la promulgation de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a du se battre avec les limites générales aux droits de la personne, tel que prescrit par l'article 1 de la *Charte*. Comme le note Atkey, "[n]on seulement à telle mis de l'avant des opinions biens développées au sujet de la signification du terme "des limites dont la justification puise se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique", mais elle a également érigé une structure analytique qui par la suite lui a donné la possibilité de se battre avec une extraordinaire gamme de questions"[113].

L'article 1 de la *Charte* prévoit que la révision judiciaire de la législation devrait procéder en deux étapes. Dans la première étape, la Cour doit décider si la loi contestée à pour effet de limiter un des droits garantis. Si la loi contestée a un tel effet, la deuxième étape est atteinte: la Cour doit alors décider si la limite est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. La première étape implique l'interprétation et l'application des dispositions de la *Charte* qui définissent les droits garantis. La deuxième étape implique l'interprétation et l'application des limitations de l'article 1 de la *Charte*.

Une analyse de l'article 1 comprend les caractéristiques suivantes: il incombe à la partie cherchant à justifier la violation d'un droit de démontrer que les mesures prises sont raisonnables et que la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En d'autres mots, le gouvernement est tenu responsable et doit se justifier. Ceci implique de montrer que l'objectif poursuivi est suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté ou d'un droit constitutionnellement protégés et que les moyens choisis sont proportionnels aux fins à être atteintes. Ce test de proportionnalité exige que le défendeur démontre: (1) que la mesure a un lien rationnel avec la réalisation des objectifs en question; (2) que les moyens choisis portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif désiré[114].

De plus, l'existence de la clause générale de limitation de l'article 1 et le processus de révision en deux étapes qui est rendu obligatoire par l'article 1, reflètent l'influence des instruments internationaux de protection des droits de la personne, et spécialement la *Convention européenne des droits de l'homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Dans ces instruments, les droits garantis sont qualifiés par des clauses de limitation rédigées dans des termes assez similaires à ceux de l'article 1 de la *Charte canadienne*. Les affaires devant la Cour européenne des droits de l'homme (en vertu de la *Convention européenne*) et le Comité des droits de l'homme sous les Nations Unies (en vertu du *Pacte international*) constituent un corps de jurisprudence relatif à la signification des clauses de limitation sur lequel se sont s'appuient les commentateurs de l'article 1 de la *Charte* et qui commence à être utilisé par les tribunaux canadiens[115].

---

113 Atkey, *supra*, note 78, aux pp. 47-48.

114 Ceci est une évolution de *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, à *Irvin Toy Ltd. c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927. Cependant, le principe général de proportionnalité est que plus les effets nuisibles d'une mesure donnée sont sévères, plus l'objectif doit être important si la mesure est pour être considérée raisonnable et que la justification puisse se démontrer.

115 Par contraste aux instruments internationaux de protection des droits de la personne, l'*American Bill of Rights* ne contient aucune clause de limitation et plusieurs des droits garantis sont exprimés en termes non-qualifiés. Puisque les droits de "liberté de la parole" et d'"égale protection" ne peuvent être absolus, les tribunaux américains ont dû laisser supposer des qualifications sur les droits afin de concilier des restrictions légitimes sur la liberté de parole et des distinctions légitimes entre différents groupes. Ceci a été accomplit en tant qu'une question de "législation judiciaire" et sans aucune direction expresse de l'*American Bill of Rights*. Au Canada, les tribunaux peuvent pointer en direction de l'article 1 comme autorisant le développement d'exceptions aux droits garantis. Cette distinction formelle entre l'*American Bill of Rights* et la *Charte canadienne* ne rend pas la jurisprudence américaine non pertinente, bien sûr, mais elle exige que les tribunaux canadiens développement leur propres modèles de raisonnements, lesquels doivent tenir compte non seulement des droits garantis mais également de la clause de limitation de l'article 1. Voir Hogg, *supra*, note 112.

La *Charte*, par conséquent, a établi une nouvelle approche en ce qui concerne les Lois de Sécurité Nationale au Canada. Auparavant il y avait au Canada la Loi sur les secrets officiels qui datait de 1939 et qui était pratiquement la copie conforme de son équivalent britannique promulgué en 1911. Ce texte de loi a été critiqué comme étant le "plus normativement ambiguë de ces textes de loi canadiens qui utilisent le concept de ... "sécurité nationale""[116]. Cependant, depuis l'ajout de la *Charte* dans la Constitution, le Canada a révisé ses Lois de Sécurité Nationale en conformité aussi bien avec la *Charte* qu'avec le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

La première révision est celle de la *Loi sur le SCRS* qui contrôle le Service Canadien du Renseignement de Sécurité[117]. Contrairement à la *Loi sur les secrets officiels*, la *Loi sur le SCRS* fournit une définition détaillée des "menaces envers la sécurité du Canada", déclarant que le terme signifie:

(a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;

(b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

(c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou des menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger; et

(d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d) [nous avons souligné]."[118]

Par conséquent, même s'il y a encore un certain degré d'imprécision dans ces définitions, elles clarifient, dans un certain degré, le fait qu'il y a deux éléments centraux à une "menace envers la sécurité du Canada", à savoir les activités influencées par l'étranger et la menace ou l'utilisation de la violence[119]. De plus, comme le souligne Atkey: "cette définition est dans une certaine mesure sensible à la Charte, dans le fait qu'elle tente de placer les "activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord" au-delà de la portée des pouvoirs du SCRS de collecte et d'analyse de renseignements. Que ce soit par accident ou par intention, ces mots d'exclusion peuvent bien servir à distinguer les activités qui sont protégées par la Charte de celles qui ne le sont pas"[120].

De plus, la *Loi sur les mesures d'urgence* a également été promulguée après l'entrée en vigueur de la Charte. Pour commencer, la *Loi sur les mesures d'urgence* reconnaît spécifiquement le principe de la légalité dans son préambule en déclarant que toutes mesures temporaires prises par le gouvernement

serai[ent] assujetti[es] à la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à la *Déclaration canadienne des droits* et aurai[ent] à tenir compte du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, notamment en ce qui concerne ceux des droits fondamentaux auxquels il ne saurait être porté atteinte même dans les situations de crise nationale.

116 Atkey, *supra*, note 78, à la p. 44.

117 L.R.C. 1985, c. C-23

118 L.R.C. 1985, c. C-23, article 2.

119 Atkey, *supra*, note 78, à la p. 45. Toutefois, comme l'indique Atkey, il y a des portions de la définition, notamment l'alinéa (d), qui ne contiennent pas ces éléments centraux.

120 *Ibid.*

La *Loi sur les mesures d'urgence* tire alors parti de l'approche prise par la *Loi sur le SCRS*, mais se donne considérablement de mal pour éviter d'utiliser l'unique et mélangeant terme de "sécurité nationale"[121], utilisant plutôt le concept cadre de "situation de crise nationale" définit comme:

i) un concours de circonstances critiques à caractère d'urgence;

ii) d'une nature temporaire;

iii) qui met gravement en danger la vie, la santé ou la sécurité des Canadiens; et

iv) qui échappe à la capacité ou aux pouvoirs d'intervention des provinces; ou

v) (comme alternatives à iii ou iv) qui menace gravement la capacité du gouvernement du Canada de garantir la souveraineté, la sécurité et l'intégrité territoriale du pays;

vi) et auquel il n'est pas possible de faire face adéquatement sous le régime des lois du Canada.[122]

Travaillant avec ce concept cadre, la *Loi sur les mesures d'urgence* explique alors clairement les différentes sortes de situations de crise nationale:

i) un sinistre (définit comme incluant les incendies, inondations, sécheresse, maladies, accidents ou pollution, comportant le risque de pertes humaines et matérielles, de bouleversements sociaux ou d'une interruption de l'acheminement des denrées, ressources et services essentiels);

ii) un état d'urgence (qui doit être causé par des menaces envers la sécurité du Canada, comme le terme est défini dans l'article 2 de la Loi sur le SCRS);

iii) un état de crise internationale (définit comme une situation de crise à laquelle sont mêlés le Canada et un ou plusieurs autres pays à la suite d'actes d'intimidation ou de coercition ou de l'usage effectif ou imminent, de force ou de violence), et

iv) un état de guerre (qui est une guerre ou autre conflit armé, effectif ou imminent, où est partie le Canada ou un de ses alliés).

Dans cette définition hiérarchique des mesures d'urgence, la nature des intérêts qui seront mis en balance contre les droits et libertés des citoyens est claire. Par conséquent, le gouvernement fédéral a le droit d'utiliser une série particulière de pouvoirs qui est sensible à la sévérité de l'urgence. Ceci se conforme bien avec le principe de proportionnalité discuté ci-dessus:

> Il est clair que s'est cet aspect de l'évolution de l'analyse de l'article 1 que ceux qui ont rédigé la *Loi sur les mesures d'urgence* étaient préoccupés lorsqu'ils se sont mis à créer une échelle graduée de mesures d'urgence, dans laquelle chaque sorte de situation de crise est dans un certain sens plus "pressante et substantielle" que la précédente et, par conséquent, justifie de conférer des pouvoirs de plus en plus larges à l'État. Ceux qui sont préoccupés par l'équilibre [des droits humains] et la sécurité nationale peuvent apprendre beaucoup de l'exercice dans

121 Comme le souligne Atkey: "par rapport à la sécurité nationale, alors, ce n'est pas surprenant que les analyses les plus détaillées du terme ont généralement conclu qu'elles ne savaient pas vraiment ce que le terme veut dire, et que le terme est tellement vague qu'il n'est d'aucune aide pour ce qui est d'essayer d'établir quand l'État est justifié d'utiliser des pouvoirs extraordinaires. Ce problème existe largement en raison du fait que les législateurs et les tribunaux se sont contentés d'utiliser des définitions générales qui font allusion aux "intérêts du Canada", sans expliquer clairement la nature de ces intérêts. La *Loi sur les mesures d'urgence* révèle qu'il est en fait possible de développer une gamme d'intérêts et de façonner différentes séries limitées de pouvoirs qui sont appropriées aux intérêts à être servis". *Ibid.*, à la p. 63.

122 *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. 1985, c. C-22 (4ème suppl.), article 3, tel que cité dans *ibid.*, à la p. 46.

lequel les rédacteurs de la *Loi sur les mesures d'urgence* se sont engagés. Par exemple, au lieu de tenter d'essayer de trouver une définition complète pour certains termes, la Loi démontre la logique de déballage des différentes sortes d'intérêts dont quelqu'un peut être préoccupé par, et de tenter d'aborder chaque intérêt en privé. De la même façon, nous pouvons également apprendre de la volonté des rédacteurs de la *Loi sur les mesures d'urgence*, non seulement de placer des limites pratiques sur les pouvoirs disponibles pour un gouvernement lorsqu'il poursuit chaque types d'intérêts, mais également d'établir un processus pour réviser l'invocation de ces pouvoirs et pour assurer que l'étendue et la sévérité des pouvoirs est en fait proportionnelle aux intérêts poursuivis.[123]

De plus, la Loi prévoit un schéma élaboré de contrôle parlementaire pour surveiller l'invocation par le gouvernement de pouvoirs d'urgence. Comme le souligne Atkey, "la *Loi sur les mesures d'urgence* est étonnamment sensible à la Charte parce qu'elle cherche à assurer que l'éventail des pouvoirs disponibles pour le gouvernement est proportionnel à la sévérité de la situation d'urgence"[124].

Bien sûr, une unité de mesure d'une bonne législation est la pratique qui découle de son application. L'exemple récent d'utilisation de mesures d'urgence durant la dramatique tempête de verglas dans l'Ouest de l'Ontario et au Québec fournit la preuve que la législation canadienne sur les mesures d'urgence a bien rempli son rôle. Au même moment où ce désastre naturel particulier se déroulait, l'équipement et le personnel militaire ont joué un rôle vital en aidant les individus et les municipalités à faire face au manque de refuges, à la perte d'électricité et au bouleversement des routines normales. Cependant, dès le début de la crise, l'armée n'était pas autorisée à faire observer la loi à la place de la police. Les soldats transportaient des pelles et non des armes. À tout moment, l'armée était assujettie au commandement civil.

II. L'EXEMPLE SUD AFRICAIN

L'exemple sud africain est d'un intérêt particulier à cause de sa substance et de sa forme. Dans la récente Constitution de l'Afrique du Sud, un article spécial a été inclut dans la Constitution qui décrit le régime légal pour un État d'exception. Elle se lit comme suit:

États d'exception
37.

(1) Un état d'exception peut être déclaré seulement par un texte de loi du Parlement, et seulement quand

(a) la vie de la nation est menacée par la guerre, une invasion, une insurrection générale, un désordre, une catastrophe naturelle ou tout autre état d'urgence; et

(b) la déclaration est nécessaire pour restaurer la paix et l'ordre

(2) Une déclaration d'état d'exception, et toute législation promulguée ou tout autre action prise à la suite de cette déclaration, peut être effective seulement -

123 Atkey, *supra*, note 78, à la p. 49.

124 *Ibid.*

(a) potentiellement; et

(b) pour une période ne dépassant pas 21 jours de la date de la déclaration, sauf si l'Assemblée nationale décide de proroger la déclaration. L'Assemblée peut proroger la déclaration d'état d'exception pour une période ne dépassant pas plus de trois mois à la fois ...

(3) Tout tribunal compétent peut décider de la validité de: -

(a) une déclaration d'état d'exception;

(b) de tout prorogation de la déclaration d'état d'urgence; ou

(c) de toute législation promulguée, ou tout autre action prise, à la suite de la déclaration d'état d'exception

(4) Toute législation promulguée à la suite d'une déclaration d'état d'exception peut déroger au Bill of Rights dans la mesure où -

(a) la dérogation est strictement requise par la situation d'urgence; et

(b) la législation -

(i) est conforme aux obligations de la République découlant du droit international applicable aux états d'urgence

(ii) se conforme à l'alinéa (5); et

(iii) est publiée dans la Gazette nationale du gouvernement dès que raisonnablement possible après avoir été promulguée.

(5) Aucun texte de loi du Parlement qui autorise une déclaration d'état d'exception, et aucune législation promulguée ou tout autre action prise à la suite de la déclaration, peuvent permettre ou autoriser -

(a) d'indemniser l'État ou toute personne pour ce qui est de tout acte illégal;

(b) toute dérogation sous cette partie; ou

(c) toute dérogation d'une partie mentionnée dans la colonne 1 de la Table des droits non-dérogeables (égalité, dignité humaine, vie, liberté et sécurité de la personne, esclavage, servitude et travail forcé, enfant, arrestation, personnes détenues et accusées), dans la mesure indiquée en face de cet article dans la colonne 3 de la Table.

Le contenu spécifique du régime juridique est exemplaire dans la mesure où il prend en considération les standards internationaux applicables, il a un régime de contrôle très précis, et décrit explicitement l'étendue des dérogations permises. Aussi, le fait que la législation est inclue dans la Constitution est d'une importance particulière puisqu'elle signale que la législation qui protège les droits humains est, elle-même, protégée de toute dérogation en temps de situations d'urgence. Par conséquent, les protections des droits humains qui sont implicites dans un tel modèle de législation ne peuvent être modifiées ou diluées dans ces circonstances où elles sont les plus menacées.

Conclusions

En conclusion, nous devons nous poser les "questions de l'oeuf et de la poule" suivantes: est-ce qu'une sensibilisation aux droits humains, au plan national, est possible sans une forte protection des droits humains dans la constitution nationale et un pouvoir judiciaire indépendant? Est-ce que la protection des droits humains dans la législation nationale est possible sans la ratification des instruments internationaux pertinents? Est-il possible pour les droits humains d'influencer des sujets aussi sensibles comme la sécurité nationale dans les endroits où une forte culture des droits humains est inexistante? Est-ce que les standards internationaux relatifs aux droits humains peuvent être insérés dans les législation de Sécurité Nationale et de Mesures d'urgence si les mécanismes de contrôle régionaux et internationaux sont faibles?

L'expérience asiatique suggère qu'un juste équilibre entre les droits humains et la sécurité national ne changera seulement progressivement qu'avec des pas positifs pour réformer la législation, renforcer les protections constitutionnelles, de créer des Institutions nationales des Droits de la Personne, de coopérer dans des arrangements régionaux et de ratifier les Pactes internationaux. Cependant, le progrès est une tâche ardue assumée principalement par les organisations non gouvernementales, des groupes qui sont souvent les cibles mêmes des Lois de sécurité Nationale en question.

Il y a des standards internationaux clairs et des exemples nationaux exemplaires sur le sujet des Lois de Sécurité Nationale et sur les Lois sur les mesures d'urgence. Ils ont besoin d'être publicisés et exploités. Il est important, par conséquent, que la coopération internationale soit amenée à se pencher sur cette importante question dans tous les forums bilatéraux, multilatéraux et internationaux.

BIBLIOGRAPHIE

- Prémont, Daniel, Christian Stenersen et Isabelle Oseredczuk (eds.), *Non-Derogeable Rights and States of Emergency*, Association de consultants internationaux en matière de droits de la personne), Bruxelle, Bruylant, 1996.

- De Mestral, Armand et al. (eds.), *The Limitation of Human Rights in Contemparative Constitutionnal Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986.

- Commission Internationale des Juristes, *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*, Genève, C.I.J., 1983.

- *Situations of Emergency in Constitutionnal Law*, Rapport général du XIIIème Congrès international de droit comparé, numéro IV.B.1, Montréal, 1990.

- *The New World Order and Human Rights in the Post-Cold War Era: National Security vs. Human Rights Security*, Conférence internationale sur les Lois de Sécurité National en Asie-Pacifique, 24-24 novembre 1995, Séoul, KOHRNET, 1995.

- Victor P. Karunan, *The Security Syndrome: Politics of National Security in Asia*, Bangkok, FORUM-ASIA, 1997.